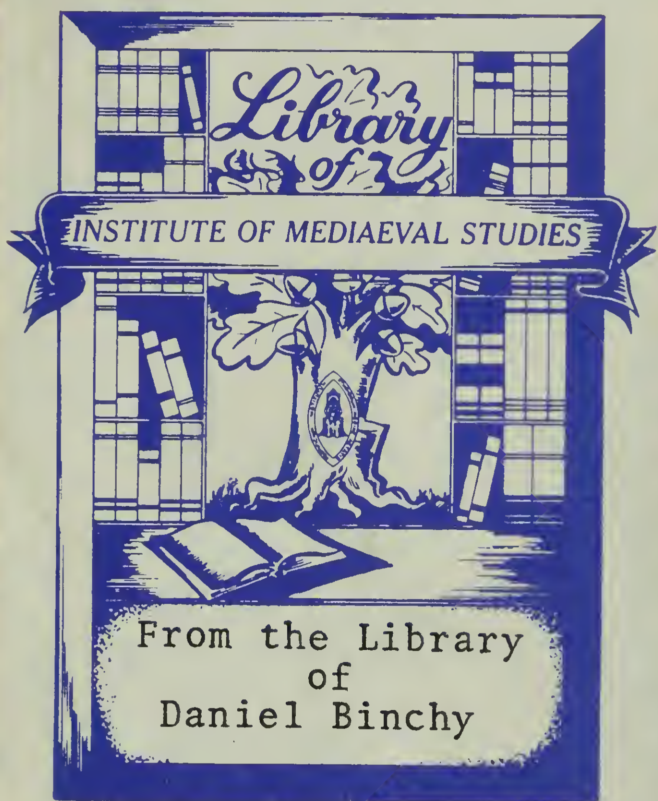
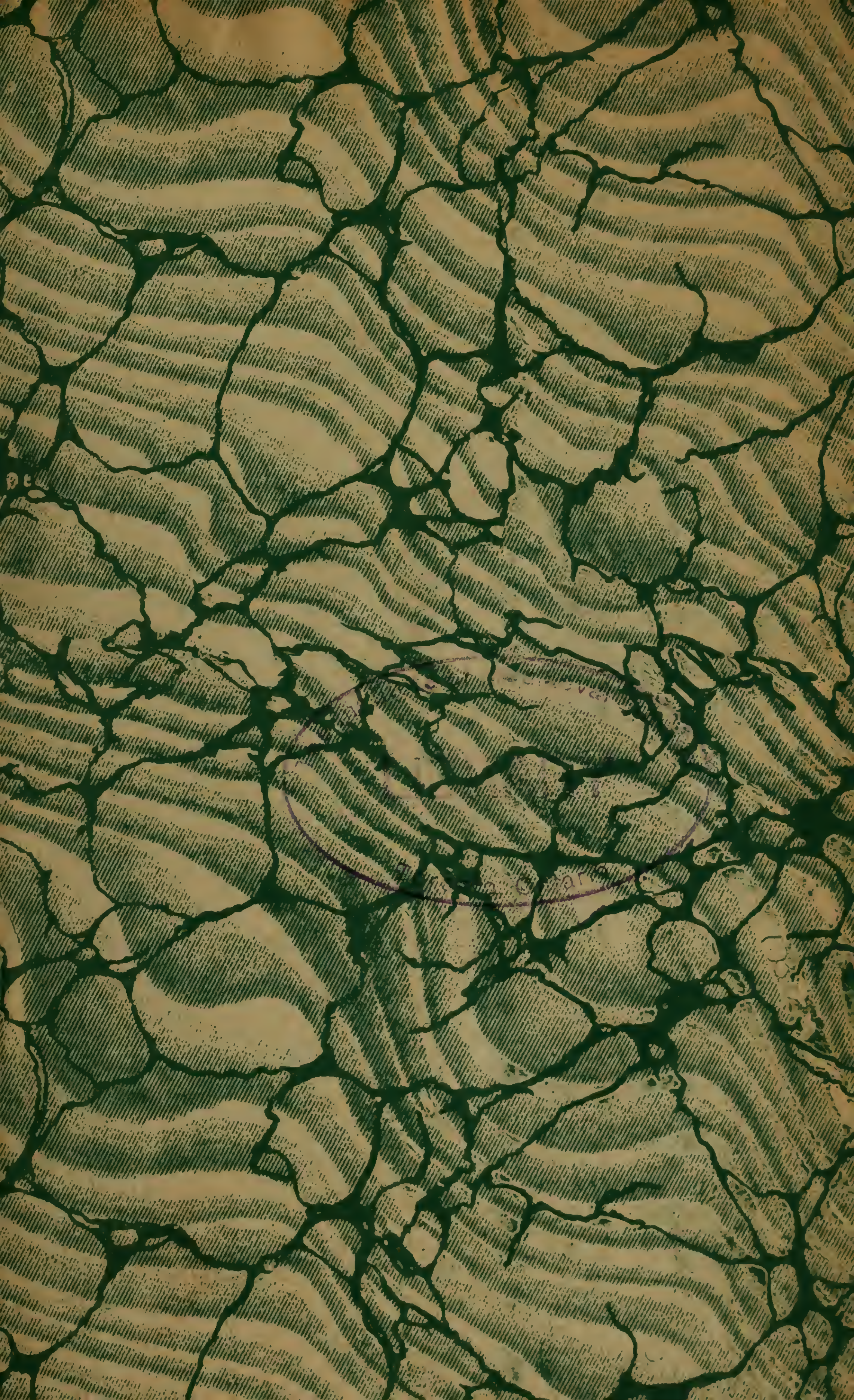

Library of
INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
From the Library
of
Daniel Binchy



Les Principes philosophiques

de

L'HISTOIRE DU DROIT

DU MÊME AUTEUR

Placentin. La vie, les Œuvres. 1896, Paris, Chevalier-Marescq.

Jacques de Révigny d'après des manuscrits de la Bibliothèque nationale. 1898, Paris, Chevalier-Marescq.

Les gloses d'Irnerius dans la glose pré-accursienne. *Annales internationales d'histoire. Congrès de Paris. 1900.*

Fragments d'un commentaire du moyen âge sur la messe et l'oraison dominicale. *Sonderdruck aus Studien aus Kunst und Geschichte. Friedrich Schneider gewidmet.* Freiburg, Herder, 1906.

Le Velleien chez les Glossateurs, *Etudes historiques offertes à M. P. F. Girard.* 1913.

LES

PRINCIPES PHILOSOPHIQUES

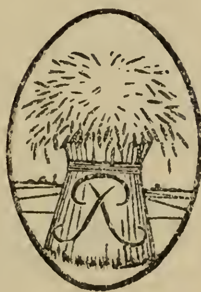
de

L'HISTOIRE DU DROIT

PAR

Pierre de TOURTOULON

Professeur à l'Université de Lausanne.



LIBRAIRIE PAYOT & Cie

LAUSANNE | PARIS

1, Rue de Bourg | Bd. St-Germain, 106

1908-1919

Lausanne — Imprimeries Réunies.



A la mémoire de

M. BROCHER DE LA FLÉCHÈRE,

Professeur aux Universités de Genève et de Lausanne,
Membre de l'Institut de Droit international.

INTRODUCTION

Le plus souvent, les traités d'histoire du Droit consacrent une partie de leur introduction à indiquer le rôle philosophique et pratique de cette science, ses caractères, ses méthodes et la place qu'elle doit occuper dans l'ensemble des connaissances humaines. Mais ces indications sont à peu près toujours superficielles et peu originales. L'historien est pressé de faire œuvre d'historien; exiger qu'il réfléchisse à l'utilité de son travail est aussi déplacé que d'interroger un passant dans la rue sur la raison d'être de son existence. Laissons aller celui-ci à ses affaires, celui-là à ses documents.

On trouvera dans ce volume le défaut inverse. Beaucoup de théories et peu de faits et quelques-uns se demanderont, sans doute, s'il était nécessaire de tant discuter, avant d'entreprendre une *Histoire juridique de l'Europe moderne.*

Dès les débuts de mon enseignement à Lausanne, je fus frappé du caractère profondément philosophique que mon prédécesseur, M. Brocher de la Fléchère, savait donner à son cours d'histoire du Droit. Peu d'esprits ont aussi longuement médité sur les principes de notre science, son importance scientifique, didactique et pratique. Je n'oserai certes point me couvrir de son autorité, car il se peut que j'aie réussi fort mal à pénétrer dans les domaines qui lui sont familiers. Je puis dire toutefois que, si je ne l'avais point connu, quelques lignes de ma préface originaire ne se seraient pas transformées en volume.

Si l'histoire du Droit est un instrument dans la main d'une autre science quelconque, sociologie, psychologie, histoire générale, philosophie de l'histoire, j'avoue avoir eu tort de quitter mon métier de fourbisseur pour entreprendre sur le travail d'autrui ; mais, si elle est une science individuelle et indépendante, tout ce qui lui appartient, nous appartient.

Il me semble que nous ne pouvons pas faire passer à d'autres nos résultats matériels pour qu'ils en retirent les conséquences philosophiques, car la méthode de recherche doit être instituée d'après ce que l'on veut trouver et courir les textes sans but et sans tactique ne rapporterait peut-être pas grand'chose.

La philosophie peut espérer apprendre de notre science : comment l'histoire se comporte par rapport au Droit et comment le Droit se comporte par rapport à l'histoire.

Nous pouvons avoir une notion plus positive de la nature du Droit en l'étudiant à travers le temps; nous saurons de quel degré de stabilité sont susceptibles nos conceptions juridiques ; quelles forces veulent les transformer et comment s'effectuent ces transformations. La nature de toute chose abstraite ou concrète se dévoile à qui en observe les mouvements, à qui peut déterminer leur degré d'initiative propre ou les forces qui les font mouvoir. D'autre part, en trouvant à l'état rudimentaire les éléments des législations complexes des peuples civilisés, nous serons mieux préparés à en faire l'analyse et à en apprécier la valeur. Telle doit être notre première tâche, une contribution à la philosophie du Droit, c'est-à-dire à la philosophie générale.

Réciproquement l'étude des transformations du Droit doit éclairer la philosophie de l'histoire. Sans doute, l'histoire de toute science et de tout art est également nécessaire à expliquer le développement de l'esprit humain et de la civilisation. Les historiens des mathémathiques, de la physique, de la médecine, de la peinture contribuent au même titre à reconstituer la vie d'autrefois, à saisir les destinées de la pensée humaine,

des sociétés humaines. Mais on se tromperait étrangement si l'on considérait l'histoire universelle, comme la juxtaposition d'histoires particulières. Chacune de celles-ci a ses propriétés distinctes, une force explicative plus ou moins profonde ou plus ou moins étendue. L'une sera précieuse par son objectivité, l'autre, comme l'histoire de la philosophie, par l'importance des idées. Qu'ont apporté à l'humanité le Droit pratique et le Droit théorique ; quelle part des pensées d'un peuple nous représente ses institutions. Le Droit est-il actif ou passif dans l'évolution, se laisse-t-il transformer par les causes diverses ou, s'il agit comme cause, quelle est la force de cette action ? L'historien et non le juriste est directement intéressé par ces questions.

Nous les poursuivrons d'ailleurs longtemps sans les résoudre définitivement, car si elles étaient résolues, l'historien-juriste n'aurait plus de tâche philosophique, son œuvre deviendrait purement descriptive et il se trouverait exclu de la science générale. Nous les avons énoncées, d'une façon d'ailleurs très imparfaite, pour montrer qu'il existe une science de l'histoire du Droit, qui part de l'étude du document, de l'interprétation des institutions passées pour aboutir non pas à une simple constatation de faits, mais à une portion de la vérité scientifique générale et abstraite.

Nos principes nous n'irons pas — comme d'autres le font — les demander à une autre science. Mais nous demanderons l'aide de beaucoup d'autres sciences : biologie, psychologie, sociologie, mais en ayant soin de n'emprunter à chacune que ce qui nous est strictement utile, nous plaçant toujours au point de vue spécial de l'histoire du Droit, évitant toute discussion sur ce qui ne toucherait pas directement cette matière. Aurons-nous eu l'adresse de mettre suffisamment en évidence le caractère essentiellement analytique de notre travail dont le souci constant fut de séparer notre branche d'étude de toutes celles qui vivent à ses côtés et non de les fondre en elles. Il n'a nullement pour but de préparer ou de faciliter une synthèse des sciences sociales. Bien au contraire.

Le rôle scientifique de l'histoire juridique ne doit pas nous faire négliger son rôle pratique.

On peut être grand peintre, excellent médecin et savant mathématicien, tout en ignorant complètement l'histoire des mathématiques, de la médecine, de la peinture. Est-il également permis au législateur et au jurisconsulte d'ignorer l'histoire du Droit? Autrement dit l'histoire est-elle un élément essentiel de la méthode législative et juridique ?

Lorqu'on discute un problème de Droit désirable, les deux tendances, rationalistes et traditionalistes s'opposent presque toujours. Les uns cherchent dans la raison, la logique, l'apriori une règle de conduite ; telle disposition de la loi leur paraît inutile ou ridicule et ils en demandent la suppression. Ils ont une pleine assurance qu'il suffit de réfléchir un peu pour trouver le bien et le mal. Leur effort vers la conscience politique est louable, mais il est tellement insignifiant, tellement superficiel, tellement conventionnel que les passions et les intérêts se jouent de leur théorie comme d'un fétu de paille, de telle sorte que tout en désirant une expropriation de l'arbitraire par la raison ils aboutissent à une expropriation de la raison par l'arbitraire.

Le traditionaliste est plus prudent; il a pour principe de ne pas s'écarter de ses habitudes, de s'en tenir à ce qu'il a vu fonctionner. Il ne commettra pas les lourdes fautes de son adversaire. Il y aura toujours dans la solution traditionaliste un certain équilibre de raison, d'intérêt et de sentiment. Mais il condamnerait la loi à l'immobilité absolue. De plus, son attitude intellectuelle est trop passive. Du jour où l'homme a raisonné ses institutions, pour si enfantin que fut le raisonnement, une transformation s'était produite. Malgré ses erreurs, le rationalisme n'est peut-être qu'un mal passager; espérons qu'il deviendra un bien définitif.

Il n'est pas difficile de voir que l'histoire, expérience du passé, concilie les deux théories et deviendra certainement la seule méthode de l'avenir. Mais savons-nous actuellement assez d'histoire pour en dégager une méthode législative sûre ?

Franchement non. Les matériaux ne manquent pas; mais le moyen de s'en servir nous fait complètement défaut. L'histoire du Droit ne peut pas prendre la responsabilité de fournir des solutions toutes faites au législateur. Elle ne saurait avoir qu'une prétention : entre plusieurs méthodes législatives également défectueuses, figurer au même titre que les autres.

Et l'interprète des lois, le jurisconsulte qu'a-t-il à faire de l'histoire du Droit? Cela dépend.

Le Droit, en tant que science interprétative des lois, est essentiellement peu stable. On ne saurait en donner une définition approfondie qui convînt à toute période, à tout milieu.

Dans les milieux inférieurs, le Droit est un instinct conservateur de l'individu et de la race ; l'application en est inconsciente. Pour d'autres plus élevées, la croyance en la valeur des coutumes est religieuse et, par voie d'autorité, en est assurée l'observation. Ainsi s'éveille l'appréciation morale de la loi et le dessein de l'employer à réprimer le vice et développer la vertu.

Enfin les civilisations supérieures parviennent à la conscience juridique. L'interprète des lois équilibre les intérêts par une technique spéciale indépendante du bon sens et de la morale publique et pouvant aboutir à des résultats différents. Ces procédés peuvent arriver à prendre une rigueur presque mathématique. L'ancienne législation romaine a beaucoup contribué à former cet esprit juridique chez les peuples européens modernes.

Ceux-ci ne paraissent d'ailleurs pas décidés à s'en contenter, et l'heure actuelle est un exemple frappant de l'imprécision de la notion du Droit. Au détriment de ceux qui veulent maintenir intact le Droit formel romaniste, une école gagne chaque jour du terrain et lui substitue l'interprétation morale ou le sentiment de solidarité, la confiance dans le progrès remplace la déduction froide de notre ancienne jurisprudence. Il ne faut pas confondre avec ces tendances humanitaires les efforts également récents à considérer le Droit au point de

vue objectif et positif en s'appuyant sur toutes les données scientifiques certaines et utilisables. Cette nouvelle école, d'ailleurs encore en enfance, pourrait porter le nom de philosophique, en ce qu'elle tendrait à rapprocher les solutions de la pratique des réalités positives contenues dans les formules de Droit.

L'histoire du Droit est loin d'avoir la même importance pour les trois écoles. Pour les deux premières, elle n'est pas du superflu, mais elle n'est qu'un accessoire. On peut manier avec la plus grande finesse, la plus inflexible précision la technique du Droit et ignorer les premiers éléments de l'histoire. On peut plus difficilement, mais on peut encore dégager des idées heureuses et même opportunes pour l'interprétation des lois tout en méprisant notre science. Au contraire, le jurisconsulte philosophe appuie sa méthode sur l'observation historique et, sans elle, ferait œuvre nulle. Alors, le Droit n'a plus cette immobilité absolue que réclame le mathématicien pour établir ses solides déductions, ni cette immobilité relative nécessaire au néo-théologien pour présenter ses sentiments comme un produit de la conscience universelle. Pour le philosophe, le Droit est ce qu'il est, quelque chose de mobile et de relatif dont le présent est uniquement explicable par le passé, qui supporte continuellement, dans chacun de ses préceptes, l'assaut des intérêts et y oppose une force de résistance qui n'est pas toujours la même et qu'il serait pratiquement dangereux de considérer comme absolue.

Dans un intérêt théorique et pratique, recherchons donc avant tout pourquoi, par quoi et comment le Droit est modifié par le temps. Nous pourrons ensuite mieux préciser ce que l'étude de ces transformations peut apporter à la science juridique et historique, c'est-à-dire quel est le rôle de l'Histoire du Droit. Nous essayerons enfin, dans une troisième partie, d'établir une méthode conforme à ce rôle et présentant des garanties suffisantes de rigueur scientifique.

PREMIÈRE PARTIE

Les transformations du Droit

Les transformations incessantes du Droit font la matière de l'histoire juridique. Mais ceux qui constatent et étudient ce mouvement perpétuel des institutions se trouvent, suivant leurs tendances ou leurs observations, dans des états d'esprit bien différents. Implicitement ou explicitement, ils se sont créé une philosophie sur le développement de l'histoire. En fait, chaque historien a la sienne propre, mais ces multiples systèmes se laissent classifier en trois grandes écoles.

Pour les uns, il n'y a aucun rapport entre les sciences morales et les sciences physiques. Les premières ont des destinées plus hautes et échappent au causalisme universel. Ce qui fait avancer l'humanité dans la voie de la civilisation et du progrès, ce n'est pas l'ensemble des petites circonstances qui l'entourent, mais le rôle qui lui a été assigné ou qu'elle s'est assigné à elle-même, la fin qui doit couronner son œuvre. Il en est de plus mystiques et de plus positifs dans cette école. Les uns font intervenir une volonté métaphysique supérieure à l'homme et qui lui a tracé sa route ; d'autres ne supposent que l'existence de la volonté humaine, mais ils ne pensent pas qu'un être raisonnable, capable de choisir un but et de se diriger vers lui, soit soumis au mécanisme rigoureux qui dirige les corps inanimés. Ils sont tous finalistes, en ce sens que l'attraction vers une fin donnée est pour eux la vraie explication des actes humains et des institutions humaines.

Diamétralement opposées sont les théories de l'école déter-

ministe. La volonté humaine lui paraît une illusion, un produit de causes étrangères sans action et sans influence. Nos institutions sont déterminées par des forces permanentes qui nous entraînent dans des voies inévitables. Mais ce qui caractérise plus particulièrement cette école, c'est la croyance aux lois historiques.

En reconstituant le tracé du mouvement juridique passé, on pourrait, croit-on, rendre apparentes les directions que l'esprit humain a suivies nécessairement et devra nécessairement suivre dans l'avenir. On va même jusqu'à affirmer que la recherche des lois est le seul devoir scientifique de l'histoire. On en a trouvé beaucoup et de nature très diverses : lois biologiques de la sélection et de l'association, loi anthropologique du mélange des races, loi psychologique de l'imitation, loi économique de l'intérêt, loi politique de la centralisation progressive. Nos systémiers modernes ne sont pas avares de ces fils conducteurs à l'aide desquels on pourrait parcourir sans peine l'histoire universelle.

Enfin, j'appellerai l'école causaliste, celle qui se borne à étudier les causes de chaque institution particulière sans croire à la possibilité de dégager des lois. Les facteurs qui participent à la confection du Droit sont infiniment nombreux et il est impossible de traiter les uns comme essentiels, les autres comme accidentels. Le Droit naît et se transforme sous des influences physiques, biologiques, économiques, psychologiques et juridiques. La co-existence de toutes ces forces prouve qu'aucune d'elles ne peut être la seule directrice de l'histoire, acquérir le caractère constant et déterminant qui permettrait de lui donner le titre de loi.

Nous avons adopté ces dernières idées. Les chapitres suivants en exposent les raisons.

LIVRE PREMIER

Le finalisme en Histoire du Droit.

Les Institutions humaines sont-elles *voulues* dans leur existence ou leur transformation ? sont-elles voulues par l'homme ou par une force supérieure à l'humanité, par Dieu ?

Ces deux questions ne paraissent pas, au premier abord, difficiles à résoudre. Que sont les lois sinon le produit de la volonté humaine ? quand à l'intervention de la volonté divine, on est libre d'y croire par un acte de foi religieux, mais on ne saurait en parler dans un travail scientifique.

Et pourtant ni l'une ni l'autre de ces deux questions ne sont aussi simples qu'elles en ont l'air. Il faut observer en effet en ce qui concerne la première, que nous n'avons pas à nous demander si la loi est le produit de la volonté humaine ; mais si l'homme, en créant ses institutions, en a prévu les fonctions, s'il les a adaptées au but qu'il poursuit, s'il connaît avant de les faire quel sera leur rôle. Or, nous aurons l'occasion de montrer que l'homme ne prévoit le résultat de ses actes que dans une proportion infime. Il assigne sans doute au Droit qu'il édicte des fonctions imaginaires. Mais les vraies fonctions, comment les connaîtrait-il avant, il ne les connaît pas après. L'homme n'a qu'une idée très vague des avantages et des inconvénients des institutions qu'il voit fonctionner sous ses yeux. Comment croire qu'il les a connues avant de les adopter ?

Quant à la seconde question, celle que nous appellerons le

finalisme métaphysique, nous lui avons donné volontairement la forme où son caractère théologique est le plus apparent. Mais il est facile de le dissimuler sous des mots que le matérialiste et même le positiviste a l'habitude de respecter et cela sans en altérer le sens.

Au lieu de Dieu, disons Nature. Parlons de cette force à laquelle participe toute matière vivante, donnons à l'atome matériel une vertu d'initiative qui ressemble plus ou moins à une âme, il pourra paraître alors, à certains esprits, plus scientifique de se demander si cette tendance à la vie n'est pas la force directrice des institutions et si ce n'est pas à elle que nous devons confier nos destinées. Par ces changements de mots sommes-nous sortis de la théologie, sommes-nous entrés dans la science? C'est ce que nous allons rechercher.

CHAPITRE PREMIER

Le Finalisme métaphysique.

BIBLIOGRAPHIE. — Franc. Bacon. *De dignitate et augmentis scientarum*. L. III. c. 4 ; — Spinoza. *Eth.* I prop. 36 *appendit.* — Sully Prudhomme et Charles Richet, *Le problème des causes finales*. 1903.

Aristotelis *De part. animal.* I, 1 ; commentateurs de cet ouvrage d'Aristote jusqu'au XVIme siècle cités dans l'édition de Guillelmus du Vallio, Paris, 1629 ; — Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, particulièrement *Ergänz.* c. 26. Zur Teleologie. Voir aussi c. 44, 45, 47 ; — v. Hartmann, *Philosophie des Unbewusten*. — *Le darwinisme*, trad. Guéroult ; — Kaufmann, *Philosophie naturelle d'Aristote*, trad. Deiber, 1898.

Th. Ribot, *La psychologie des sentiments*, p. 87 et suiv. ; — Herbert Spencer, *Principles of Psychology*. t. I. § 115-127 ; — Schneider, *Freude und Leid des Menschengeschlechts*. 1883.

Platon, *Philebus sive De Voluptate*, éd. grec. lat. *(Le Philèbe)* ; — Aristotelis, *De Moribus (Ethique)* l. I, c. 2 et 3 ; — Sancti Aur. Augustini, *De civitate Dei*, l. XIX, c. 1-5 ; — Hæckel, *Le Monisme*, trad. de Lapouge ; — Weber, *Etude réaliste de l'acte et de ses conséquences morales. Revue de métaph. et de morale*, 1894 ; — Lévy-Brühl, *La morale et la science des mœurs*, 1903 ; — A. Naville, *La morale conditionnelle*, Rev. philos. 1906, p. 561 ; — Durkheim, *De la division du travail social*, 2me éd. 1902. Particul. préface de la 1re éd. et conclusions ; — Hume, *Les quatre philosophes*.

Robert Flint, *La philosophie de l'histoire en Allemagne*, trad. Carrau, 1875 ; — Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menscheit* ; — Kant, *Idee zur einen allgem. Geschichte* ; — Fichte, *Grundzüge des gegenwärtige Zeitalters* ; — Krause, *Reine i. e. allgem. Lebenslehre und Philosophie der Geschichte* ; — Wapler, *Die geschichtlichen Weltanschauung Schopenhauers (Archiv für Gesch. der Phil.)* 1905 ; — Hegel, *Werke, vollst. Ausg.*, 1870 ; — Maurice Barrès, *De Hegel aux cantines du nord. Le jardin de Bérénice.*

Schmoller, *Principes d'économie politique*, trad. Platon. — Ziegler, *Das Wesen der Kultur*, Leipzig, 1902.

Le finalisme est d'autant plus dangereux qu'il est moins une théorie philosophique qu'une tendance naturelle de l'esprit. On y entre et on en sort sans en avoir conscience ; on s'en trouve d'autant plus l'esclave qu'on croit s'en être libéré. Ceux qui le condamnent ne savent pas toujours très bien pourquoi, et pour quelle raison exacte il est inconciliable avec la science positive.

La théologie ancienne dans ses explications de la nature présentait un finalisme particulièrement vicieux. L'homme était le centre de la création : tout avait été créé pour lui être utile, par Dieu. Et ce Dieu, force créatrice et directrice de l'univers, on le concevait à l'image de la psychologie humaine, on lui prêtait une volonté calquée sur notre volonté, des projets analogues à ceux que nous faisons, une prévoyance, une activité semblable à la prévoyance, à l'activité de l'homme. Anthropocentrisme, anthropomorphisme furent les deux vices du finalisme ancien et ont beaucoup contribué à le décrier.

Mais ce ne sont que des défauts très accessoires. Une seule raison, — la même pour toutes les sciences, — nous écarte de ces théories. L'idée de « fin », de « but », contient l'affirmation d'une conscience capable de prévoir les résultats d'un acte. Or quelle qu'en soit la nature, elle doit toujours rester complètement inaccessible à notre examen. Que cette conscience soit très différente de la nôtre, cela n'en rend pas l'existence plus probable et la compréhension de ses caractères plus facile. Mais il convient de bien préciser.

Constater l'utilité, la fonction d'un être, d'un organe, d'un sentiment, d'une institution, n'est pas adhérer au finalisme. Dire que le nez sert à porter des lunettes, qu'il est utile, indispensable, merveilleusement adapté à cet usage, n'a rien de déraisonnable.

De même attribuer aux êtres vivants, une force d'initiative, dont la science peut observer les effets. Croire que cette force interne détermine dans une proportion plus ou moins grande le développement de l'être, faire participer la vie et la pensée au causalisme universel, rien n'est plus positivement légitime.

Mais ce qui est absolument inadmissible, c'est de relier entre elles ces deux notions, d'attribuer à la vie le pouvoir de diriger les fonctions ; d'avoir ses intentions, ses buts, de connaître et de rechercher ce qui lui est utile. « Une force capable d'avoir un but », qu'elle soit supérieure à la nature ou diffuse en elle, telle est la notion sur laquelle il nous est interdit d'asseoir aucune théorie. Sinon notre œuvre sera théologique et non scientifique.

Ces principes sont communs à toutes les sciences ; pourtant le finalisme n'offre pas les mêmes dangers à toutes les sciences.

§ 1. — **La cause finale en biologie.** — Le biologue étudie les organismes vivants et le travail de ces organismes. Il ne se contente pas de faire une description des corps et de leur travail ; il veut savoir à quoi sert tel ou tel organe, tel ou tel tissu. Parfois la fonction est aussi apparente que l'organe lui-même et il a peu à faire pour la découvrir ; il peut au contraire se présenter à lui des organes n'ayant aucune utilité apparente. Mais le biologue est tellement dressé par l'expérience à trouver une adaptation parfaite ou presque parfaite entre l'organe et la fonction, qu'il n'aura pleine satisfaction qu'après avoir assigné un rôle, un but, presque une « fin » à tout élément de la matière vivante. Tout se passe dans le monde qu'il observe « *comme si* la nature avait *voulu* adapter chaque organe à une fonction particulière ».

Le finalisme est très courant en biologie pratique, cela surtout parce que le causalisme mécanique y reste derrière les nuages. Comment chez les êtres vivants a pu s'établir une harmonie entre la structure et les conditions d'existence ? Par sélection, par hérédité, par adaptation ? Aucune de ces hypothèses, quel qu'en soit le degré de véracité, ne donne à l'esprit une explication satisfaisante et complète de nos modes de développement. La sélection explique que les êtres mal organisés aient disparu ; l'hérédité, que les perfectionnements se soient transmis à travers le temps ; l'adaptation seule vise la

création et le progrès des organes par le changement de milieu des êtres vivants.

Sans doute la notion d'adaptation peut être purement mécanique. On peut supposer que les êtres ont subi passivement les influences extérieures, qu'ils sont devenus plus maigres dans les pays stériles, plus forts dans les pays d'abondance ; noirs sous les soleils tropicaux, décolorés dans les pays froids. Mais les grandes transformations dans la constitution physique des êtres vivants resteraient inexplicables par une simple influence directe du milieu. Il faut que l'être vivant y mette du sien, travaille de sa propre initiative à s'harmoniser aux nouvelles conditions d'existence, qu'il tende de lui-même à s'adapter. Alors cette adaptation nous présente tous les éléments d'une cause finale, une force tendant vers un but précis et employant des moyens propres à l'atteindre.

Aussi malgré les merveilleux efforts de l'esprit positif et mécaniste anglais, la question du finalisme en biologie se présente à peu près dans les mêmes termes qu'autrefois. Bacon avait exposé tout ce qu'on peut dire contre lui et Aristote auquel Schopenhauer se rattache très légitimement tout ce qu'on pouvait dire en sa faveur. Il reste logiquement inadmissible dans la science positive ; mais il conserve une valeur pratique et métaphysique qui n'est pas contestable.

En biologie, le finalisme a peu de danger car l'explication mécaniste, chaque fois qu'il sera possible de l'atteindre lui sera toujours préférée. Il met en garde contre un mécanisme superficiel.

§ 2. — **Finalisme en psychologie.** — Les premiers éléments de la psychologie animale semblent formés d'après un plan providentiel. Les sensations primitives sont précisément les seules qui pouvaient guider l'être vivant dans ses premiers pas, lui permettre de choisir l'utile, de fuir le nuisible alors que son intelligence était trop rudimentaire pour comprendre l'utile ou le nuisible. Tel paraît avoir été le rôle originaire du plaisir et de la douleur. Théologiens, positivistes, matérialis-

tes s'accordent sur ce point : la vie n'aurait pu se développer sur terre, si les premiers êtres vivants n'avaient été guidés par leurs sensations mêmes, vers l'utile.

Le plaisir et la douleur ont été utiles, indispensables. Ils le sont toujours. Ils ont une raison d'être, une fin, qui est notre existence et cette fin en est la justification complète. Qui se plaindra de pouvoir souffrir sachant que sans douleur l'être courrait à sa ruine ? qui n'excusera pas le plaisir, s'il est un moyen de conserver et de perfectionner la vie ?

Le finalisme du plaisir et de la douleur est basée sur cette observation : tout ce qui est de nature à léser notre corps, à entraver nos organes dans leur fonctionnement normal cause une impression pénible, une souffrance ; une sensation agréable est au contraire un indice de prospérité. Nos sensations ont été surtout attractives à l'origine, l'animal ne pouvait que s'y abandonner sans résistance ; elles sont pour l'être conscient, instructives ; elles le renseignent mais peuvent ne pas suffire à le décider.

Mais comment plaisir et douleur nous renseignent-ils ?

La douleur manifeste un dégât déjà réalisé. Dès que la sensation est perçue, le péril n'est plus à éviter. Le choc a eu lieu ; le corps est lésé et l'animal ne peut plus se préserver de ce premier dommage. Il est seulement averti que s'il persiste dans la même direction, s'il n'opère pas un mouvement de recul, il aura à supporter une nouvelle souffrance et une nouvelle détérioration.

Cet avertissement sera plus souvent juste que faux. Il ne l'est pas nécessairement. On peut, au contraire, trouver le plaisir en persistant dans l'acte douloureux et, plus souvent encore, la douleur en persistant dans l'acte agréable.

Il n'y a donc pas un finalisme direct; la douleur ne nous fait pas éviter le dommage qui lui correspond, mais un dommage qui pourrait lui correspondre.

Mais dans quel cas, au profit de quels êtres ce finalisme indirect agit-il ? Cet accord entre l'agréable et l'utile est surtout évident chez les animaux inférieurs. Il est également

certain pour les organes ou les portions d'organes des animaux supérieurs. Celui qui souffre est menacé dans son existence ou son fonctionnement. Dans l'animalité supérieure, l'individu n'est plus protégé par le finalisme; la douleur d'un organe peut être utile pour protéger un autre organe plus important; un plaisir suppose une activité plus grande d'une partie du corps, mais peut détruire l'harmonie générale de l'être et le ruiner plus ou moins. Quoiqu'il y ait parfois association entre nos sens, que le plaisir de l'odorat puisse servir au goût et à l'estomac par exemple, le plus souvent, nous ne profitons du finalisme du plaisir et de la douleur que pour chacun de nos organes indépendamment.

Dans le monde moral, le rôle utilitaire des sentiments attrayants ou pénibles n'est plus le même. Ils sont impuissants à nous constituer une expérience de ce qu'il faut fuir, de ce qu'il faut aimer. Le chagrin de voir disparaître ceux qui nous sont chers, ne nous éloigne pas de l'affection envers d'autres, par crainte de chagrins futurs. Le plaisir n'est pas une augmentation de notre être sentimental et la douleur une diminution. S'il faut en croire philosophes et poètes, qui ne semblent pas en cette matière avoir été mauvais observateurs, le contraire serait la vérité.

L'homme est un apprenti, la douleur est son maître.

Il serait facile d'appuyer ce vers de Musset sur une abondante littérature antique et moderne.

Dans la vie humaine, physique ou morale, plaisir et douleur ne signifient plus ce qu'il faut rechercher, ce qu'il faut craindre.

Or ce finalisme, pour qui un animal un peu complexe semble déjà un domaine trop ample, qui se déclare impuissant à aider l'individu, peut travailler à des buts bien plus lointains au développement de la race et de la civilisation. La fonction du plaisir est de tromper l'homme, de l'écarter de sa destinée propre, de lui faire sacrifier sa vie au profit d'autres existences. Le plaisir sexuel en est l'exemple le plus net ; mais

nos plaisirs moraux, servent bien souvent à des fins sociales, sont des pièges où viennent s'absorber nos existences au profit de la collectivité. L'avarice, la vanité, l'ambition demandent de durs sacrifices en échange de joies illusoires ; le viveur, lui-même, persuadé plus que tout autre qu'il vit en égoïste, se sacrifie en réalité à expérimenter le luxe et le confort futur de ses concitoyens.

De tout cela, nous concluerons que le plaisir, le désir, la souffrance, la répulsion ne servent pas à une chose, mais à beaucoup. On peut leur assigner une fin physique, morale et sociale ; mais dans ces divers domaines, ils se comportent différemment, n'ont plus le même rôle, n'agissent pas par les mêmes procédés, de telle sorte que nos tendances psychologiques élémentaires, n'ont pas de « fin », mais des fonctions, des rôles que le hasard seul a distribués et que lui seul peut retirer d'après les circonstances.

Mais il convient de remarquer surtout, en cette matière, combien l'explication évolutionniste d'Herbert Spencer est manifestement fausse, contraire aux faits. L'accord du plaisir et de l'utile, du nuisible et de la douleur ne peut pas avoir été un facteur important pour la survivance du plus apte, car son rôle est de moins en moins important à mesure que l'on remonte dans l'échelle des êtres. L'humanité est en dehors du finalisme sensuel ; les animaux supérieurs y sont aussi et d'autant plus qu'ils sont supérieurs.

§ 3. — **Le finalisme et la morale.** — « Vous voulez savoir si le bien se réciproque avec la fin ? » demandait le docteur Pancrace. Mais le brave Sganarelle avait de plus personnelles préoccupations et tenait à entretenir le philosophe aristotélicien de ses soucis de ménage.

Depuis Molière, on est peu retourné au docteur Pancrace, et pourtant je crains bien que toutes les tentatives de morale scientifique ou de science de la morale ne viennent toujours échouer contre cette même affirmation : « Oui, le bien se réciproque avec la fin. Pas de finalisme scientifique, pas de bien,

pas de morale scientifique, et, comme conséquence, pas de politique scientifique. »

Les plus anciens philosophes demandaient à la philosophie quel est le but de l'existence humaine, et si, d'après Varron, on pouvait faire à cette demande deux cent quatre-vingt-huit réponses, on s'aperçoit bien vite qu'elles sont toutes aussi arbitraires les unes que les autres. Pour les uns, la vertu la plus idéale, la plus désintéressée, était seule désirable. Ils ouvraient à l'âme des aperçus glorieux sur des régions supra-terrestres, dans des pays de rêve, loin de toute réalité. D'autres se faisaient l'illusion d'être plus positifs en étant plus terre à terre. Ils proposaient des plaisirs plus matériels, des voluptés plus immédiates, plus communément appréciées, mais dont l'homme se fatigue facilement et qu'il n'a jamais pu se résigner à considérer comme la raison dernière de son existence.

La théologie chrétienne, surtout à son origine, est moins finaliste.

Elle transporte le but final hors du monde, dans le surnaturel et peut apprécier la vie d'une façon plus positive. La critique de saint Augustin sur les plaisirs et les peines est un rappel à la réalité qui conserve toute sa valeur. Toutefois dans le cours de l'histoire, l'Eglise deviendra finaliste sous l'influence d'Aristote et de Platon.

Le biologue ose à peine prononcer le mot de « fin ». Combien l'observateur des phénomènes moraux devrait logiquement être plus réservé ? L'un voit des organes adaptés à des fonctions : la nature vivante peut lui apparaître comme ayant une unité de tendance, comme voulant un but déterminé. En est-il de même de la nature pensante ? L'homme doit-il chercher sa fin en lui-même ou hors de lui-même ? subjectivement ou objectivement ? Comme les autres êtres, doit-il se soumettre à la nature ? Son devoir moral est-il de s'harmoniser avec les fins générales de la vie ? Mais s'il en est ainsi, s'il est emporté dans l'évolution générale, qu'a-t-on besoin du concours de sa volonté, qu'a-t-on besoin d'une morale ? Ce qui est, doit être ; ce qui est,

est désirable et moral, sans notre concours. A quoi bon alors nous en occuper.

La pensée aurait-elle sa destinée propre, particulière, pouvant entrer en conflit avec le finalisme de la matière vivante? Comment découvrir alors cet idéal subjectif? C'est totalement impossible; ni la logique, ni l'expérience ne peuvent établir que ce qui est désiré, est *désirable.* L'idéal est scientifiquement un phénomène psychologique comme un autre. On peut l'étudier, le comparer mais non le donner en précepte. Chacun a son idéal qui n'est pas celui du voisin; il en est de plus vulgaires et de plus nobles; de plus précis et de plus vagues. Certains pourraient être plus facilement atteints, d'autres sont impossibles à réaliser. Peu importe, on peut en expliquer la genèse, en apprécier la valeur. L'idéal peut faire l'objet de la science, mais jamais le sujet. La science ne peut en faire un être actif qui aurait le droit de commander en son nom.

Une héroïne de Musset est impressionnée par un tableau qui représente à la fois un moine dans sa cellule en prière et un berger qui chante et danse au soleil. « Lequel a tort, lequel a raison ? » La science voit avec Perdican un homme qui prie, un homme qui chante ; elle ne saurait indiquer celui qui a tort, celui qui a raison.

Faut-il reprendre la thèse vieille comme le monde que le but de l'humanité est de fuir la douleur et de rechercher le plaisir? Et que, parmi ces plaisirs, il en est d'ordre plus élevé, parce qu'ils sont plus durables, qu'ils maintiennent en équilibre le corps de l'individu et le corps social dont il fait partie? Je crois que les défenseurs de cette idée auraient peu à ajouter aux beaux sophismes de Platon, aux sages théories d'Eudoxos, d'Aristippe et d'Epicure, aux ingéniosités des néo-platoniciens. Et la méthode moderne d'observation pratique, si on a le courage de la suivre jusqu'au bout, la ruinerait complètement. Rien ne prouve que les plaisirs altruistes soient plus forts ou plus durables que les plaisirs égoïstes, ceux de l'esprit et du cœur que la volupté la plus matérielle. La réaction douloureuse qu'ils entraînent tous dépend de leur intensité et non de leur

nature. Ce fameux « sentiment du devoir accompli », qui pourrait jeter sur la vie entière d'un chacun une impression de bonheur uniforme, est une création artificielle des moralistes. L'esprit du sacrifice, le mysticisme religieux ou laïque, le travail intellectuel, l'émotion esthétique, l'amour platonique ou charnel, l'ivresse d'alcool ou d'opium, produisent tous une surexcitation cérébrale qui sera toujours suivie d'une dépression pénible proportionnelle.

Donc le but de la morale ne saurait être de nous faire trouver un plaisir plus intense, car la somme de ce plaisir dépend de nos organes, ni de nous procurer un sentiment agréable n'ayant pas de réaction douloureuse, car ils en ont nécessairement tous au même degré. Faut-il alors conseiller à l'homme d'éviter toute forte émotion, quelle qu'en soit la nature, de se contenter d'insignifiantes joies pour n'avoir que d'insignifiants chagrins, de considérer le plaisir comme un moyen et non comme une fin. Le plaisir, en effet, apprend à l'individu ce qui est utile à sa conservation. Le plaisir étant un moyen pour maintenir la santé, la science de la morale pourrait avoir comme but de nous apprendre à nous servir de ce moyen. Le but de la vie serait alors la santé ; la santé est l'ensemble des conditions les plus favorables à la conservation de la vie. Conclusion : Le but de la vie, c'est la vie. Morale individuelle ou morale sociale n'aurait d'autre précepte : nous vivons pour vivre et pour que vive l'organisme dont nous faisons partie. Mais *devons-nous* vouloir vivre pour vivre ? L'homme ne le croit généralement pas. Sans quoi la maxime : *Propter vitam, vivendi perdere causas* deviendrait l'expression de la plus haute sagesse.

Donc la morale n'est pas une science, car la science ne saurait lui donner une raison d'être, une fin.

Nous devrons examiner objectivement les divers systèmes de morale pour éclairer l'histoire de la philosophie du Droit. Pour si variés qu'ils puissent être, ils nous paraissent avoir comme caractères communs d'être irréductibles à une conception scientifique positive et même à une logique formelle. Ils

contiennent tous une contradiction, la même contradiction. Tout système de morale est la combinaison de deux forces dont l'une projette l'homme hors de la réalité, dans l'idéal, dont l'autre, au contraire, le ramène aux conditions de la vie matérielle.

Les morales prétendues positives partent de données réelles. Il en est de sociologiques, de zoologiques, de biologiques, de matérialistes, qui veulent dégager nos devoirs de principes communs à toute société, à tout animal, à tout être vivant ou même à toute matière. Ils ne veulent pourtant pas nous obliger à vivre absolument comme un caillou, une cellule animale ou végétale, un chien, pas même comme un sauvage ou les individus inférieurs ou moyens des sociétés civilisés. Ils veulent tous perfectionner quelqu'un ou quelque chose, c'est-à-dire le sortir de la réalité pour le pousser vers un idéal. Les morales mystiques n'agissent guère autrement ; elles ne peuvent se passer d'un lien avec la matière. Elles connaissent des devoirs qui sont communs à l'homme supérieur, à l'homme inférieur, à l'animal, et même parfois à tout être vivant. Elles ont la prétention d'enlever l'homme à la terre ; elles sont obligées de l'y reconduire. Aucune morale ne peut être tout à fait de ce monde, tout à fait hors du monde. Elles vivent toutes dans un perpétuel va-et-vient entre la vie positive et la mysticité.

Est-il nécessaire d'ajouter que, pour être étrangère à la science, la morale n'en conserve pas moins toute sa grandeur, sa dignité et son utilité ? qu'il est légitime de la déduire d'un principe scientifique comme d'un acte de foi religieux ? Les morales dites scientifiques n'ont qu'un tort, c'est de se prétendre scientifiques. Si cette prétention n'était pas sincère, elles se rendraient coupables envers les vieilles morales de concurrence déloyale.

§ 4. — **Le finalisme dans la politique et le Droit.** — Il nous importait de connaître la place de la morale dans le domaine scientifique, car la politique se trouve exactement dans la même situation.

Les sociétés surtout lorsqu'elles sont très civilisées et de

races mélangées, sont en lutte perpétuelle, car des conceptions idéales opposées se disputent la suprématie. Le rôle de la politique est de choisir entre elles, mais a-t-elle un criterium scientifique pour le faire ?

Scientifiquement, il n'y a pas de but à l'existence de l'individu ; il y en a encore bien moins à celle des sociétés. Les uns croient que la destinée de l'homme est de servir Dieu sur terre ; pour d'autres, l'idéal se borne à une distribution égale d'une nourriture suffisante entre les individus. Une cité vertueuse aux mœurs simples et réglées est un idéal ; une cité riche, luxueuse et artistique en est un autre. Une civilisation qui prolonge une existence tranquille et obscure est-elle préférable à celle qui éclaire un instant le monde, s'éteint et ne laisse que son souvenir? Devons-nous imiter ceux qui ont fait le plus ou ceux qui ont fait le mieux ? Les uns, dans ces rêves qui viennent d'eux-mêmes symboliser nos idées, voient d'immenses fabriques charger sur des wagons, et puis sur des bateaux des marchandises médiocres pour le bien-être d'une foule de plus en plus dense, tandis que d'autres pensent au progrès qualitatif de l'humanité : être sur notre petite planète moins nombreux, mais plus individuellement heureux ; créer moins de vie , mais créer une vie supérieure.

Pourquoi l'un ? Pourquoi l'autre ? Un instinct pourra faire hésiter, prendre une ligne intermédiaire, et ce sera sans doute la solution préférable, parce que l'obscurité est complète et qu'on ne peut se fier à aucune théorie déduite de la raison humaine.

Le politicien ne peut espérer que la science le guidera dans le choix de ses idées. Elle le guidera dans son action et se tient à la disposition des bonnes et des mauvaises causes. Les armes qu'elle fabrique sont à la disposition de l'assassin comme de l'honnête homme désireux de défendre sa vie. A vrai dire, l'arme de la science politique n'est pas encore très redoutable. Mais il est à prévoir que les sciences sociales donneront au politicien des moyens d'agir d'une plus grande efficacité.

La science juridique ne se donne pas à elle-même ses conceptions idéales. Elle les trouve formulées explicitement ou implicitement dans les textes. Les unes sont tolérées, d'autres admises, d'autres enfin imposées par le législateur. Nos législations modernes sont assez complexes à cet égard. Elles reconnaissent une assez grande liberté de croyances religieuses, protègent jusqu'à un certain point l'idéal esthétique en empêchant la destruction des monuments anciens, favorise sans l'imposer absolument la vie de famille, le travail, l'assistance et n'emploient la contrainte que pour réprimer les atteintes à des conceptions morales qui leur paraissent de première utilité. La loi ne porte pas le même intérêt à toutes ces institutions ; c'est l'affaire du juriste d'en rechercher le degré sans tenir compte de son idéal personnel. S'il modifie en quoi que ce soit la pensée philosophique qui émane du texte, il ne fait plus du droit mais de la politique. Pour prendre un exemple célèbre, le code civil français reconnaît parfaitement le droit à chaque citoyen de prendre comme idéal son propre plaisir; celui qui a de la fortune peut en faire ce qu'il veut et la dépenser à s'amuser. Pourtant des considérations morales le font intervenir pour entraver le prodigue dans sa dissipation. La proportion à établir entre l'idéal de l'Etat et l'idéal de l'individu existe implicitement dans les textes. C'est au juriste à la dégager, quand même il la jugerait nuisible ou vexatoire.

Le droit est donc une science objective qui peut être poursuivie par des moyens précis. Il ne se heurte à aucun finalisme. On ne peut lui reprocher comme à la morale ou à la politique de choisir arbitrairement son idéal, puisqu'il le trouve dans la réalité et d'ailleurs ne se l'approprie jamais.

§ 5. — **Le finalisme dans l'histoire.** — Rationnellement on pourrait s'étonner de voir apparaître l'idée de cause finale dans l'histoire politique. La multiplicité des événements, la complexité de leur caractère tantôt heureux tantôt malheureux, les périodes brillantes suivies de déclin, les guerres, les inva-

sions et la destruction périodique des plus belles civilisations, cela ne fait pas ressortir d'une façon bien claire une unité de direction pour l'humanité, une fonction et encore moins une fin à l'existence des peuples.

Pourtant le finalisme historique domine jusqu'aux époques les plus récentes la philosophie. Des esprits d'élite y ont élaboré une prodigieuse variété de théories. Sans doute, les historiens proprement dits se sont tenus un peu à l'écart de ces controverses et ont travaillé avec leur méthode positive. Mais isolés de la philosophie, ils sont restés longtemps isolés des autres sciences: et quand la solitude leur a été par trop lourde, ils firent souvent des connaissances trop faciles et suspectes avec des théories qui n'étaient guère recommandables et dont la solidité était purement apparente. L'histoire, plus qu'aucune autre science, a souffert de la théorie des causes finales.

La raison en est simple. Le premier rôle de l'histoire fut religieux; cela, d'ailleurs, très légitimement. Le théologien, le métaphysicien a le droit et même le devoir de demander à l'observation historique quel peut être le but de l'humanité. L'histoire, l'observation de la vie humaine, n'entre-t-elle pas pour une grande part dans les convictions religieuses ou philosophiques des particuliers? On comprendrait aujourd'hui, comme autrefois, une histoire à rôle théologique, comme Bossuet l'écrivait, cherchant à trouver dans les faits une interprétation de la volonté divine. Elle pourrait être théiste, panthéiste, matérialiste. Une telle histoire pourrait être de nature à accroître les convictions individuelles, sans pouvoir jamais donner de résultats scientifiquement établis.

Mais même pour avoir une importance théologique, il lui faudrait employer une méthode scientifique. Non seulement elle ne devrait produire que des faits solidement établis sans faire appel à la foi; mais il lui serait indispensable de partir des faits pour s'élever aux causes finales et non pas interpréter les faits par la cause finale. Si l'on veut, par exemple, établir par l'histoire que le monde est le meilleur possible, il faut

rechercher si le mal n'y est qu'à l'état d'exception; et non pas soutenir qu'un mal est nécessaire pour éviter un plus grand mal ou produire un bien. Cette affirmation peut être vraie, sans doute; mais l'examen historique ne peut lui être d'aucune utilité. Or, pendant longtemps, les philosophes de l'histoire n'ont pas seulement été des théologiens, mais des théologiens n'ayant pas fait d'histoire, imposant une formule aux faits et sans le moindre souci de dégager des faits une formule.

D'ailleurs, il faut reconnaître que certains philosophes, spécialement chez les penseurs allemands, ont déclaré franchement et soutenu que la philosophie de l'histoire devait être construite par *a priori* en dehors de l'étude des faits. Ceux-là sont peu dangereux ; mais beaucoup d'autres savent assez habilement dissimuler leur méthode, ou sont même la dupe d'une idée préconçue qu'ils croient retrouver dans la réalité.

Personne ne nie qu'il n'ait été fait dans la philosophie de l'histoire un abus du finalisme. Il est plus douteux de savoir si l'usage même en doit être interdit. La tendance générale est de se montrer plus large pour l'historien que pour le naturaliste. Est-ce légitime ? — Nous n'hésitons pas à répondre par la négative.

Si le biologue tombe dans le finalisme, c'est un finalisme spécial, particulier. Il dit que l'œil est fait *pour* voir, l'oreille *pour* entendre. Il se hasarde à donner une raison spéciale à une adaptation ; mais à une adaptation qui n'est pas douteuse, les fonctions physiques se retrouvant les mêmes sur un nombre infini de sujets. Les fonctions historiques, le rôle d'un événement dans l'histoire pourra-t-elle se manifester avec la même clarté ? Quelle a été la fonction historique de telle guerre, de l'avènement au trône de tel roi, de telle révolution dans tel pays ? Sans doute, on a essayé d'expliquer en détail chaque événement de l'histoire comme ayant un but particulier, comme étant le résultat d'une volonté supérieure assistant l'humanité avec des intentions spéciales suivant les moments. Mais seuls, les très anciens, les très naïfs historiens ont

procédé ainsi. Les plus savants ont sauté par dessus le finalisme particulier pour atteindre le finalisme général, assez général pour englober l'univers : l'optimisme leibnitzien, la réalisation hégélienne de l'idée, la loi du progrès, le passage de l'homogène à l'hétérogène sont les produits de cette méthode. Tandis que le physiologue part de l'adaptation des organes et des cellules à la conservation de la vie pour supposer une force vitale tendant à se réaliser dans tout l'univers, l'historien philosophe se voit contraint de formuler le principe dans sa conception la plus large pour en faire l'application d'abord à des types d'événements puis à des événements particuliers.

Et ce n'est pas par simple amour de la méthode *a priori*, par paresse, que les plus positifs ont agi comme les plus mystiques. Ils y ont été contraints par la force des choses. Une étude inductive des causes finales dans l'histoire ne saurait aboutir. Qui n'a aucune idée *a priori* ne saurait trouver aucune raison d'être à un événement particulier, ou bien il pourrait en trouver des centaines. Et si l'on trouvait une cause finale à ce fait historique, un autre fait historique même le plus voisin pourrait bien ne pas avoir la même signification. Une guerre développe la civilisation, une autre l'entrave, une autre la favorise ou la détruit complètement. Pour prendre des idées extrêmement simples, on n'établira jamais entre la guerre et la civilisation un rapport analogue à celui qui existe entre l'œil et la vue.

Le plus scientifique pour moi, si l'on veut faire du finalisme en histoire est de revenir à la méthode mythologique. Doubler l'histoire humaine par une histoire divine qui se déroule parallèlement. La volonté directrice, qui passe elle-même par les situations les plus variées, acquiert ainsi une souplesse qu'elle n'a pas dans nos méthodes modernes. La rivalité de Vénus et de Junon n'explique pas mal toutes les péripéties de la guerre de Troie et ce symbolisme a le grand avantage qu'étant fait à la mesure de la réalité, il n'a aucun besoin de la torturer avec la cruauté systématique de l'historien philosophe.

§ 6. — **Finalisme et histoire du Droit.** — L'histoire du Droit à tendance finaliste peut emprunter ses théories à d'autres sciences ou s'en créer de propres.

Les institutions servent à quelque chose ; mais on peut leur attribuer des fins très générales ou des fins très spéciales. On peut, reliant le monde moral au monde physique, représenter le Droit comme le produit de la force naturelle qui tend à répandre la vie, la conserver et la perfectionner. On peut la rattacher à la morale propre, lui fixer un idéal à accomplir. Le finalisme historique verra forcément, dans les transformations des lois, l'accomplissement graduel de la tâche imposée à l'humanité. Aussi ne pouvions-nous écarter le finalisme de l'histoire du Droit qu'en l'écartant des autres sciences?

Or quand il affecte ainsi une forme très générale, il est particulièrement condamnable et anti-scientifique. Il attire ceux qui veulent emprisonner le monde dans une formule ; mais le travailleur, qui aura le malheur de se laisser séduire, sera conduit dans toute sa carrière par un préjugé et traversera sans rien voir le monde des réalités.

Un finalisme très spécial n'offre plus les mêmes dangers et peut se confondre en pratique avec l'étude positive des fonctions.

La fonction des faits sociaux, juridiques, moraux, mondains déborde et a toujours débordé la prévision et l'intelligence humaine. Le plus grand juriste n'a que de très vagues idées sur les services que rend à la société les lois qu'il expose et commente ; l'économiste, qui depuis des siècles envisage les institutions au point de vue de leur utilité, ne sait guère plus que le juriste en quoi elles sont utiles aux hommes. Quant à ceux qui de prime abord, et sans étude spéciale, voudraient retrancher des lois ce qui leur paraît inutile, ils commettraient au nom de la raison les pires folies, les pires cruautés au nom de l'humanité et finiraient de mutilation en mutilation par s'anéantir eux-mêmes. Aussi le premier pas vers la sagesse est de reconnaître que nous ignorons presque tout des fonctions de nos Droits, du mal ou du bien qu'ils peuvent nous faire.

L'étude fonctionnelle du Droit est aussi importante que délicate. Nous nous trouvons dans la situation du biologue, mais fort en retard. Qu'on en juge par cet exemple : La notion de peine en droit pénal est une des plus générales et des plus élémentaires. Pourquoi punit-on les malfaiteurs ? A quoi est utile la répression du délit ? On a écrit pendant des siècles sur le sujet. Pourtant l'utilité sociale la plus importante de cette institution universelle avait passé inaperçue. Il a fallu pour la découvrir des recherches très profondes d'un esprit particulièrement pénétrant. Le rôle de la peine est bien moins de punir le coupable que de maintenir la conscience morale en exprimant la réprobation de tous envers l'acte délictueux. L'exposé de Durkheim à cet égard me paraît concluant. Et nous avons ignoré si longtemps une vérité si évidente. Comment alors prétendrions-nous connaître les fonctions de rapports juridiques plus spéciaux et moins étudiés ?

Il ne faut pas se contenter du rôle apparent des institutions, mais en rechercher les fonctions cachées. C'est une vérité expérimentale que toute conception juridique a beaucoup plus de raison d'être que nous ne pouvons le découvrir *a priori*. On affirme parfois qu'un monarque constitutionnel ou le président de la République française ne sert à rien et pourrait être remplacé par un mannequin ou une machine à signer ; l'opinion est à peu près juste si l'on se borne aux fonctions apparentes ; elle est totalement fausse pour qui pénètre jusqu'aux fonctions réelles.

Dans cette étude des fonctions, comme le biologue nous côtoyons le finalisme ; il faut une certaine prudence pour ne pas s'y perdre. N'affirmons pas que nécessairement toute règle de Droit est utile à quelque chose ; nous ne saurions pas expliquer pourquoi cela est nécessaire. Constatons entre les besoins de l'homme et son droit des adaptations qui ne sont pas son œuvre. Mais ne cherchons pas l'explication de ces coïncidences vraisemblablement fortuites et surtout n'allons pas sous les expressions souvent équivoques d'instinct, force

directrice de l'histoire, prédestination ou prédisposition de la nature humaine, inventer des petites providences qui sont censées tout expliquer et n'expliquent rien.

§ 7. — **Conclusion.** — La science ne peut pas nier le finalisme; elle ne peut pas s'en servir. La science est l'effort que l'homme fait par sa seule raison aidée de l'expérience pour atteindre la vérité. Il n'est pas sûr qu'il obtienne toute la vérité, ni même les vérités les plus importantes. Poussons le scepticisme à son extrême, peut-être la science n'atteint-elle qu'une vérité tout à fait relative et jamais une vérité absolue. Peu importe. Mais il lui faut, sous peine de faillir, ne recueillir que des vérités ayant un caractère d'authenticité et de positivité inattaquable et seule l'étude des causes efficientes, le mécanisme, permet d'en déterminer de telles.

Seulement il y a deux sortes de partisans du mécanisme exclusif. Les uns voient en lui une méthode objective, capable de tout expliquer, de tout ramener à un même mode de conception scientifique, capable d'envisager toutes les choses sous tous leurs aspects. Mais il est peut-être plus prudent de n'y voir qu'une méthode subjective tenant à la situation particulière où se trouve notre intelligence dans ses rapports avec la réalité. Pour les premiers, le finalisme est faux en lui-même; pour les seconds, il est uniquement inapplicable à la science. Alors, il serait possible — mais on ne peut pas trancher scientifiquement la question — que la méthode scientifique fut impropre à pénétrer tous les phénomènes, et tous les aspects d'un seul phénomène.

Nous ne croyons pas que la science puisse affirmer ou nier la cause finale, ni dans ses débuts, ni dans ses conclusions, en les supposant parvenues à l'infini. Il nous semble inutile et dangereux de la faire intervenir à titre d'hypothèse. Elle ne saurait remplir même provisoirement les lacunes de notre savoir, puisqu'il est *a priori* certain qu'elle ne peut occuper dans la science de place définitive. Et si nous ignorons pourquoi l'opium fait dormir nous préférons dire que nous n'en

savons rien plutôt que d'inventer une *virtus dormitiva* pour la circonstance.

On a dit que le mécanisme constatait mais n'expliquait pas. Je crois cette affirmation très inégalement vraie. Le mécanisme est susceptible d'épuiser l'explication de la naissance des phénomènes ; il explique même l'existence des fonctions, les rapports entre les fonctions et les organes, l'adaptation. Mais le mécanisme n'explique pas les raisons d'être de cette adaptation parce qu'il ne peut être scientifiquement établi que ces raisons d'être existent. Sans doute dans les sciences comme la physiologie où l'adaptation de la fonction à l'organe est un fait constant, l'esprit philosophique ne sera jamais entièrement satisfait. Dans les sciences morales et historiques, l'étude de la fonction et de sa cause épuiseront davantage l'explication car il n'est pas inadmissible qu'il n'y ait rien au delà.

LITTÉRATURE SUR LE FINALISME MÉTAPHYSIQUE

FR. BACON, *De dignit. et augm. scient.*, trad. Lasalle, l. III, c. 4 : « Et c'est en quoi il faut accuser plus Aristote que Platon, attendu que le premier ne dit pas un seul mot de la source des causes finales, de Dieu, dis-je, qu'il met la nature à sa place et que c'est en amateur de logique et non de théologie qu'il a embrassé les causes finales ».

SPINOZA. *Eth.* I, 26, in f. : « ...naturam finem nullum sibi præfixum habere et omnes causas finales nihil, nisi humana esse figmenta ».

LEIBNITZ. Lettre à M. Nicaise : « ...les causes finales, ou ce qui est la même chose, la considération de la sagesse divine dans l'ordre des choses ».

SCHOPENHAUER. Op. cit. *Erg.* 26. « Spinoza nun aber wusste sich nicht anders zu helfen, als durch den desperaten Streich, die Teleologie selbst, also die Zweckmässigkeit in den Werken der Natur zu leugnen, eine Behauptung, deren Monstroses Jedem, der

die organische Natur nur irgend genauer kennen gelernt hat, in die Augen springt. Dieser beschränkte Gesichtspunkt des Spinoza, zusammen mit seiner völligen Unkenntnis der Natur, bezeugt genugsam seine gänzliche Inkompetenz in dieser Sache...

Sehr vortheilhaft sticht gegen diese Philosophen... Aristoteles ab... Er geht unbefangen an die Natur... »

Sully Prudhomme et Charles Richet : *Le problème des causes finales.*

« Mais si nous ne savons pas pourquoi la vie existe, pourquoi il y a des êtres vivants, au moins pouvons-nous fort bien concevoir pourquoi cette forme de vie existe, et donner une explication erronée ou non, vraie ou non, ingénieuse ou téméraire, mais passable en somme, de certaines particularités dans l'organisation ou la fonction des êtres. » p. 5.

« L'adaptation de l'organe à la fonction est tellement parfaite que la conclusion s'impose d'une adaptation non fortuite, mais voulue. » p. 7.

« La machine animale est comme un merveilleux appareil automatique, dont toutes les parties ont un usage. Cela est si vrai que, lorsqu'on n'est pas arrivé à découvrir la fonction d'un organe, on s'obstine à la chercher. » p. 9.

« La perpétuité de l'espèce est-elle un but de l'instinct de reproduction ? »

« Les sentiments répulsifs sont en rapport avec la destinée des êtres, qui est de vivre. »

« Je persiste donc à croire que la douleur a une raison d'être, une cause finale. » p. 16.

« Loi du progrès... acheminement à un but dont nous ignorons la cause. Une somme de matière vivante de plus en plus grande, avec des êtres de plus en plus compliqués et de plus en plus nombreux. » p. 21.

Schmoller, p. 269 : « Toutes les sciences et toutes les branches de la connaissance humaine se servent d'hypothèses particulières et de principe téléologiques pour corroborer leur conclusion relative aux causes.

»..... admettre des buts de la divinité, de l'histoire, de la nature créatrice. Notre science positive, parvenue à ses extrêmes limites se confond toujours avec notre foi et nos espérances ».

Moriz Benedikt. *Zur Psychophysik der Moral u. des Rechtes*, p. 5 : « Die Gleichgewichtsgesetze der Lust- und Unlustgefülhe des Individuums gegenüber den Gesetzen der Natur, die Gleichgewichtsgesetze der Lust- und Unlustgefülhe des Individuums und der Lust- und Unlustgefülhe des Uebrigen und der Gesamtheit und die Gleichheitsgesetze der momentanen Lust- und Unlustge-

fühle und der Zwecke des Lebens sind die Gleichgewichtsgesetze der moralischen Empfindung ».

Scti. Aur. Augustini. *De civitate dei.* Liv. XIX, c. 1. *Quod in quæstione, quam de finibus bonorum et malorum philosophica disputatio ventilavit, ducentas octoginta et octo sectas esse posse Varro perspexerit.* « ...De finibus enim bonorum et malorum multa et multipliciter inter se philosophi disputarunt... Illud enim est finis boni nostri, propter quod appetenda sunt cetera, ipsum autem propter seipsum...

...Quatuor esse quædam, quæ homines sine magistro, sine... appetunt ; aut voluptatem, qua delectabiliter movetur corporis sensus ; aut quietem, qua fit ut nullam molestiam quisque corporis patiatur ; aut utramque, quam tamen uno nomine voluptatis Epicurus appellat ; aut universaliter prima naturæ...

...Cum ergo voluptas corporis animi virtuti aut subditur, aut prefertur, aut jungitur, tripartita variatur diversitate sectarum. »

Id. c. 4 : « Porro ipsa virtus... cum sibi bonorum culmen vindicet humanorum, quid hic agit nisi perpetua bella cum vitiis, nec exterioribus, sed interioribus; nec alienis sed plane nostris et propriis... Quid autem facere volumus, cum perfici volumus finem summi boni nisi ut caro adversus spiritum non concuspicat, nec sit in nobis hoc vitium, contra quod spiritus concuspicat ? »

Durkheim. *Divis. du trav. soc.* Introd. XXXVII. « Les moralistes qui déduisent leur doctrine non d'un principe *a priori,* mais de quelques propositions empruntées à une ou plusieurs sciences positives... qualifient leur morale de scientifique. Telle n'est pas la méthode que nous nous proposons de suivre. Nous ne voulons pas tirer la morale de la science, mais faire la science de la morale, ce qui est bien différent. Les faits moraux sont des phénomènes comme les autres ;... il doit être possible de les observer, de les décrire, de les classer et de chercher les lois qui les expliquent. »

Id. XXXIX. « ...il y a un idéal de santé morale, que la science seule peut déterminer avec compétence et comme il n'est nulle part intégralement réalisé, c'est déjà un idéal que de chercher à s'en rapprocher. »

Id. XL. « Mais, dit-on, si la science prévoit, elle ne commande pas. Il est vrai : elle nous dit seulement ce qui est nécessaire à la vie. Mais comment ne pas voir que, à supposer que *l'homme veuille vivre,* une opération très simple transforme immédiatement les lois qu'elle établit en règles impératives de conduite... Reste à savoir si nous *devons* vouloir vivre ; même sur cette question ultime, la science croyons-nous n'est pas muette. »

A. Naville. *La morale conditionnelle. Revue philosophique.* 1906. p. 561.

« L'existence, voilà finalement le seul but pratique auquel l'auteur dont je parle (Lévy-Brühl) accorde clairement une place dans sa théorie : ...Mais si c'est la thèse implicite du livre, ce n'est certainement pas la pensée de l'homme. Aucun homme ne se contentera d'un aussi misérable idéal. Je déclare, pour ma part, que je n'ai aucun désir, aucune volonté d'exister. »

Weber. *Revue de métaphys. et de morale,* 1894. « Le fait accompli emporte toujours toute admiration et tout amour, puisque l'univers qui peut le juger est à ce moment conséquence de ce fait. Ainsi nous appelons bien ce qui a triomphé. »

Grasset. *Les limites de la biologie,* p. 34. « Confondre la morale et la biologie, c'est arriver à dire avec Leibniz qu'il y a de la morale partout, jusque dans les mathématiques, c'est-à-dire qu'il n'y en a plus nulle part,... »

Cantu. *Histoire universelle.* Introduction. « L'histoire acquiert une bien autre importance lorsque l'on considère les faits comme la parole successive qui, avec plus ou moins de clarté, révèle les décrets de la Providence ; lorsqu'on les rattache non à une idée d'utilité partielle, mais à une loi éternelle de charité et de justice. »

Id. p. 3. « Alors, à travers les volontés déréglées de l'homme, dans cette combinaison d'accidents que nous appelons hasard, nous reconnaissons une intelligence supérieure qui dirige les efforts individuels vers la conquête de la vérité et de la vertu, qui fait que la victime de la violence devient l'institutrice de ses persécuteurs et que les fléaux de l'humanité en sont les bienfaiteurs. »

Kant. *Idee zur einen allgem. Gesch.* Trad. Carrau. « Les individus humains et les nations se doutent peu que pendant qu'ils poursuivent séparément leurs desseins particuliers et souvent contraires, ils obéissent inconsciemment à un grand dessein de la nature, qui leur est complètement inconnu, qu'ils contribuent ainsi par leurs efforts à l'avancement d'une grande œuvre, dont ils s'occuperaient peu lors même qu'ils la comprendraient. »

Berr. *Synthèse des sciences,* p. 419. « La loi de l'histoire, en tant qu'histoire, ne peut être que finale. »

L. von Ranke. *Ueber die Epochen der neuer. Gesch.,* erst. Vortrag, § 2. *Was von den sogenannten leitenden Ideen in der Geschichte zu halten sei.* « Die Philosophen namentlich aber die Hegel'sche Schule hat hierüber gewisse Ideen aufgestellt, wonach die Geschichte der Menscheit wie ein logischer Process, in Satz,

Gegensatz, Vermittlung, in Positiven und Negativem sich abspinne. In der Scholastik aber geht das Leben unter... Nach dieser Ansicht würde bloss die Idee ein selbständiges Leben haben; alle Menschen aber wären blosse Schatten oder Schemen, welche sich mit der Idee erfüllten... (Dieser) Lehre... liegt eine höchst unwürdige Vorstellung von Gott und der Menscheit zu Grunde; sie kann auch consequent nur zum Pantheismus führen; die Menscheit ist dann der werdende Gott, der sich durch einen geistigen Process der in seiner Natur liegt, selbst gebiert.

» Ich kann also nur unter leitenden Ideen nichts Anderes verstehen, als dass sie die herrschenden Tendenzen in jedem Jahrhundert sind. »

SCHMOLLER. *Principes d'écon. polit.* l. I, p. 53. « De nombreux systèmes de morale reposent sur le principe du plaisir; d'autres ont voulu l'exclure et le reléguer dans un monde d'au-delà, mais la doctrine de la félicité et du bien suprême a toujours ramené à ce principe du plaisir. La soif du bonheur, qui en dernière analyse provient de l'absence de peine et de la présence du plaisir, est le trait le plus indestructible de la conscience humaine. »

Id. p. 57. « Le sentiment le plus élevé c'est celui qui ne s'attache pas à un seul sens mais à plusieurs, qui ne touche pas le corps mais l'âme, qui n'embrase pas l'état d'un moment mais l'état durable d'un individu, et non pas de l'individu seul, mais de ses compagnons, de sa famille, de ses concitoyens. »

« Cet idéal supra scientifique est-il suggeré par les conditions de la vie psychologique et sociale ? Alors des sciences, la psychologie et la sociologie ne peuvent-elles pas expliquer la genèse et apprécier sa valeur. L'idéal deviendrait objet de science. Non seulement on prouverait que son apparition à telle date et dans tel pays était nécessaire, mais on chercherait dans les faits eux-mêmes sa justification. »

RICHARD. *L'idée d'évolution,* p. 156. « Les métaphysiciens ont imposé à l'histoire universelle la recherche exclusive des causes finales... Le remède ne consistera pas à interdire à l'histoire universelle la recherche des causes finales, qu'on ne saurait bannir de la physiologie elle-même. »

Id. p. 361. « La méthode génétique ne nie pas *a priori* la finalité... On peut dire d'ailleurs que la finalité sera affirmée avec d'autant plus d'autorité par la science que les causes finales n'auront pas été présupposées dans la recherche. »

DURKHEIM. *Div. du trav. soc.*, p. 76. « Quoiqu'elle (la peine) procède d'une réaction toute mécanique.... elle ne laisse pas de jouer un rôle utile. Seulement, ce rôle n'est pas là où on le voit d'ordinaire. Elle ne sert pas ou ne sert que très secondairement à

corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles.... Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune. Niée aussi catégoriquement, celle-ci perdrait nécessairement de son énergie.... Il faut donc qu'elle s'affirme avec éclat au moment où elle est contredite et le seul moyen de s'affirmer est d'exprimer l'aversion unanime que le crime continue à inspirer, par un acte authentique qui ne peut consister que dans une douleur infligée à l'agent. »

Schmoller. *Princ. d'écon. pol.*, t. I, p. 269. « Toutes les sciences et toutes les branches de la connaissance humaine se servent d'hypothèses particulières et de principes téléologiques pour corrober leurs conclusions relatives aux causes. Là où notre connaissance des causes ne suffit pas, où cependant nous sommes obligés d'admettre une liaison des choses, la réflexion et le besoin d'explication nous conduisent à admettre des buts de la divinité, de l'histoire de la nature créatrice et c'est du haut de ces pensées que nous cherchons à expliquer tout au moins à peu près ce que l'expérience n'explique pas. »

CHAPITRE II

Le Finalisme humain.

Bibliographie. — Fouillée, *L'évolutionnisme des idées-forces. La psychologie des idées-forces* ; — Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1884-1886 ; — Bouglé, *Les sciences sociales en Allemagne*, 1896 ; — Dahn, *Die Vernunft im Recht, Grundsagen der Rechtsphilosophie*, 1879 ; — Richard, *Les obscurités de la notion sociologique de l'histoire. Rev. philos.*, XXX, 12.

Stammler, *Die Lehre von dem richtigen Recht.* Abchluss II et III, p. 607 et suiv.

Wundt, *Ethik*, I. Th., Kap. III.

W. Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften, Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte.* Leipsig, 1889.

Von Weise, *Zur Grundlegung der Gesellschaftslehre.* Jena, 1906 ; — Eduard Spranger, *Die Grundlage der Geschichtswissenschaft.* Berlin, 1905 ; — Goldscheid, *Grundlinien zu einer Kritik der Willenskraft.* Wien, 1905 ; — Ruyssen, *Essai sur l'évolution psychologique du jugement.* Paris, 1904 ; — Brochard, *De l'erreur.* Paris, 1897.

§ 1. — **Le déterminisme psychologique et le droit.** — Comme toute conception abstraite, celle qui voit dans la volonté humaine la base de nos institutions est commune à des esprits très différents, adversaires acharnés, désireux de n'avoir aucun point de contact et que l'ironie de l'analyse oblige à réunir un instant.

En effet, cette prévoyance de nos pères qui aurait fondé notre passé juridique, les uns la veulent essentiellement morale et bienveillante ; chaque détail de nos lois anciennes serait un trait de délicatesse ingénieuse. Les sentiments d'affection

et de dévouement à la famille, à la patrie s'y liraient à chaque ligne. D'autres interprètent également les vieilles coutumes comme une intrigue humaine, mais une intrigue pleine d'astuce et de perfidie. Que de scélératesses ont inventé les rois, les prêtres, les aristocrates et même les simples bourgeois et propriétaires, pour tenir le peuple en sujétion ! De quelles savantes combinaisons a usé le sexe masculin tout entier pour imposer l'esclavage à la femme !

A d'autres égards, on est obligé de rapprocher de ces penseurs naïfs et nombreux de vrais savants qui, ayant une expérience approfondie de l'histoire et des institutions, croient en trouver le facteur principal dans la volonté humaine.

A priori, cette thèse semble d'ailleurs très raisonnable. Au sens restreint du mot, l'homme seul a une histoire, un passé où les énergies des groupes et des individus ont été en action continuelle, où les lois, les coutumes, les mœurs ont été minutieusement critiquées, retouchées, transformées pendant des siècles par des êtres conscients et libres.

Libre ? voilà un point douteux. La liberté n'est-elle pas une illusion du cerveau humain ? Si les décisions humaines sont prises dans le déterminisme universel, comme tout autre phénomène physique ou biologique, l'acte de volonté n'a aucune importance et n'est jamais la cause réelle du Droit.

Admettons au contraire le libre arbitre ; nous brisons la filiation des causes, introduisons dans l'histoire un élément indéterminé et ne pouvons plus faire œuvre scientifique.

Plusieurs historiens du droit ont cru devoir évoquer cette question du déterminisme psychologique et du libre arbitre, sauf à la résoudre par voie d'autorité. Il est plus sage de la laisser aux philosophes de profession. Il est toutefois utile pour la compréhension de l'histoire de se rendre compte que les anciennes conceptions de l'une et de l'autre école sont un peu surannées et hors d'usage. Il est contraire à la plus élémentaire observation de se représenter la volonté comme une faculté spéciale de l'âme ayant pour mission de trancher un conflit dont l'intelligence ou les sentiments ont développé les

arguments, qui classe les mobiles et les motifs et choisit en toute indépendance parmi eux. Mais la vieille métaphore déterministe où l'homme joue le rôle d'une balance, où ses pensées, ses désirs, ses croyances sont des forces étrangères à lui, produites par l'extérieur qui pèsent sur l'un ou l'autre plateau, et causent sa décision, est aussi abandonnée. Ces conceptions grossières ont fait place à de plus délicates, dont les unes peuvent encore se réclamer du libre arbitre et les autres du déterminisme, mais qui supposent toutes une part active prise dans la décision humaine par des causes étrangères, comme par son essence propre, sa spontanéité.

D'ailleurs, peu nous importe. Le déterminisme le plus rigoureux ou le libre arbitre le plus large ne modifierait en rien notre méthode. Pratiquement, nous n'aurons jamais à expliquer entièrement un acte de volonté individuelle, ni même collective. Un tyran absolu, une assemblée parlementaire prennent une décision. Ont-ils été poussés par un courant populaire, par un groupe, par une force extérieure quelconque ? Quelle part revient à leur initiative personnelle ? C'est tout ce que nous désirons savoir. Mais le législateur était-il bien portant ou malade, à jeun, calme, surexcité ? Tout cela peut avoir influencé sur la décision prise, et pourtant nous n'irons pas soulever toutes les questions d'hygiène, de médecine, de chimie physiologique nécessaires à l'explication complète du phénomène législatif. Qu'on accorde ou qu'on refuse un certain pouvoir au cerveau humain pour choisir entre les divers motifs, cela ne nous gênera pas davantage.

Le rôle de la volonté humaine dans la loi est étranger au déterminisme philosophique.

Nous serons toujours obligés de considérer la volonté comme synthèse d'un ensemble de causes que nous ne pouvons pas calculer et sans nous prononcer sur sa nature.

§ 2. — **La volonté et l'action dans la vie psychologique.** — La volonté est donc, pour nous, un phénomène positif dont nous pouvons discerner les manifestations extérieures, mais dont la

nature intime ne nous préoccupe pas. Comment agira-t-elle sur les actions humaines et plus particulièrement sur la création du droit ?

Les simples animaux déjà ont un but à leurs actions. Ils agissent pour obtenir un certain résultat. Ils boivent pour ne plus souffrir de la soif, mangent pour chasser la faim. Il existe, même dans ces esprits rudimentaires, la prévision d'un avenir désiré ou redouté, plus ou moins immédiat, qu'ils s'efforcent d'atteindre ou de fuir, et de plus une certaine connaissance, au moins instinctive, des moyens à employer pour y parvenir. L'animal obéit à la cause finale ; il se représente, avant d'agir, un état qui n'existe pas encore et qu'il réalisera par lui-même ; sans cette connaissance anticipée de ce qui sera, il ne se donnerait pas la peine de bouger. La Fontaine se scandalisait, à bon droit, contre ceux qui prétendaient le contraire. Il rapportait des animaux des traits d'intelligence remarquables, qui supposent ruse et perspicacité dans l'emploi des moyens, et surtout une conception très nette du but à atteindre.

Pour l'homme, la question peut-elle même se poser ? Pouvons-nous le juger comme Descartes jugeait les bêtes ; arracher ses actes à l'intelligence, à la prévision de l'avenir, à la cause finale ; le soumettre à la cause efficiente ; le traiter en « machine où un rouage meut l'autre » ? Oui et non.

Pour sûr, l'homme a, pour le guider, des désirs, des buts d'action et quelque chose de plus lointain et de plus élevé des idéals auxquels il consacre sa vie entière, qu'il n'espère même pas réaliser dans sa vie. Vraisemblablement grossiers à l'origine, ils sont devenus peu à peu moins immédiats, moins égoïstes, plus élevés.

Or, si toute action humaine est précédée d'un désir et si l'intention de le satisfaire est la seule cause qui puisse faire préférer l'effort au repos, l'histoire des buts humains absorbe l'histoire de l'humanité ; la volonté en est la seule directrice. Ce qu'ont désiré et voulu les générations éteintes correspond exactement à ce qu'elles ont fait. Spécialement les monuments juridiques du passé expriment les désirs ou les idéals du légis-

lateur, de ceux qui ont contribué à l'élaboration de la loi ou de la coutume. L'histoire du Droit devient l'histoire des buts juridiques, c'est-à-dire l'histoire de la philosophie du Droit.

Jhering a construit sur de telles bases son subtil ouvrage: *Der Zweck im Recht.* Aucun juriste ne peut sans reconnaissance lire cette œuvre qui rattache intimément le Droit à la philosophie générale, mais on ne peut dissimuler qu'une grosse partie de son argumentation repose sur une fausse application de la logique formelle et non sur une méthode vraiment objective.

Il établit, en effet, très nettement qu'il est toujours possible d'attribuer logiquement un but raisonné à tout acte, même le plus déraisonnable. Observé du dehors, chacun de nos mouvements peut s'expliquer comme ayant une fin préméditée. Il en conclut que nécessairement le vrai moteur de nos actions est le désir à réaliser. Conclusion doublement téméraire. L'observation psychologique interne pourrait seule nous apprendre si, en fait, l'homme, avant d'agir, sait toujours ce qu'il désire. En cas d'affirmative, il resterait encore à prouver que cette représentation finale est la vraie cause de notre détermination.

L'observation paraît bien établir le contraire. Nos actes les plus raisonnables n'ont souvent pas de but raisonné. Les actes d'habitude et d'imitation, si nombreux dans la vie quotidienne qu'ils peuvent absorber presque complètement une existence individuelle, ne sont précédés d'aucune représentation d'un avenir à réaliser, de la recherche d'aucune jouissance. Ceux qui se promènent, flânent, pour « tuer le temps », avouent franchement qu'ils n'ont aucun but à leurs actions, car « tuer le temps » ne saurait être un désir raisonnable. L'homme de conscience et d'activité ne devient pas tel par la grandeur des projets qu'il conçoit, mais il se cherche une vocation, un but, en harmonie avec son caractère. Il se propose de bien faire avant de savoir ce qu'il fera pour bien faire. « Il est plus facile de remplir son devoir que de savoir où il est », a-t-on dit. On ne saurait mieux exprimer que notre volonté fonc-

tionne souvent dans le vide, sans représentation concrète d'un avenir à réaliser. Ce n'est plus la logique formelle, mais l'observation de la vie qui nous représente l'homme comme pauvre en désirs et en desseins. Il agit poussé par des forces multiples internes ou externes. Il orne ses actions de représentations finales, de rêves d'avenir ; mais combien ces buts sont parfois artificiels, étrangers à sa vraie nature. Ainsi l'homme aime à donner à sa vie un but très général ; il peut ainsi justifier, par une seule raison, les actes les plus contradictoires et ayant les causes psychologiques les plus diverses. Ainsi certaines utopies, pour être objectivement aussi peu attrayantes que raisonnables, n'en ont pas moins de succès lorsqu'elles se prêtent au développement subjectif des tempéraments les plus divers ; lorsqu'elles donnent un prétexte au besoin de dévouement et de sacrifice des uns, à la violence, à l'esprit de despotisme, à la méchanceté des autres.

Bien entendu, il ne faut pas exagérer. Le but humain — désir matériel ou idéal — est une force qui, accidentellement, peut être la vraie et seule cause d'une action. Mais il est certain qu'il n'en est pas toujours et nécessairement ainsi. De là la difficulté extrême de fixer le rôle des idées dans le cours de l'histoire. L'attachement aux institutions, la poursuite des réformes, peuvent se présenter comme des causes indépendantes et efficaces dans la formation et la conservation du Droit ; d'autres fois, au contraire, les institutions présentes ou désirées sont de simples cadres d'activité et ont comme rôle de fournir des buts à la vie humaine, de donner à l'homme l'illusion qu'il ne se dépense pas en vain et que son travail sert à quelque chose.

§ 3. — **La volonté humaine cause juridique.** — Nous avons fixé le rôle de la représentation finale, du but désiré par le cerveau humain. Il n'est qu'accidentellement la cause de l'acte de volonté proprement dit.

Mais l'acte de volonté en lui-même, abstraction faite de sa cause déterminante, quelle influence a-t-il sur les créations

juridiques ? Le Droit naît-il d'un effort, d'une lutte de l'homme contre lui-même ou contre les autres, et le progrès en est-il la récompense ? Savigny verrait plutôt la loi s'épanouir des tendances naturelles à l'homme, s'harmoniser d'elle-même au milieu qui la produit aussi facilement que l'arbre fleurit. Volonté, effort conscient et lutte serait au contraire pour Jhering le fait générateur qui, d'une psychologie très pauvre, aurait extrait des institutions variées capables d'enrichir à leur tour le cerveau humain. L'une et l'autre de ces deux conceptions sont possibles ; elles le sont même simultanément. Ce qui paraît plus douteux, c'est que toute conception juridique, à toute époque, ait demandé un même degré de tension de la volonté humaine. Il est des branches du droit qui ont fleuri d'elles-mêmes ; le législateur n'a eu d'autre peine que de les cueillir ; il est au contraire des progrès qui ont été voulus longtemps, passionnément recherchés, et qui n'ont pu se réaliser que grâce à de violents efforts de la part des législateurs et des particuliers. Savigny et Jhering sont plutôt les deux pôles d'une même vérité psychologique.

Il ne me paraît pas non plus vraisemblable qu'il s'agisse uniquement d'une question d'époque. Jamais la formation du droit ne fut tout à fait inconsciente ; jamais elle ne fut tout à fait volontaire. Je crois qu'il peut exister encore des phénomènes de création juridique qui ne soient *concommittants* à aucun acte de volonté. Le travail doctrinal est dans ce cas.

Mais, le plus souvent, législateur, juges et parties, en provoquant la naissance ou l'extension du Droit, veulent quelque chose dont ils se rendent compte ; mais que veulent-ils ? pourquoi veulent-ils ? et leur acte de volonté s'accorde-t-il avec l'avenir du Droit ?

§ 4. — **La volonté phénomène ou épiphénomène juridique.** — Il arrive continuellement dans la vie que nous nous trompons sur les véritables causes de nos actes. Nous faisons la part trop grosse à notre initiative personnelle, alors qu'en réalité nous ne faisons qu'obéir inconsciemment aux autres. Sans doute nos

actions sont précédées d'un acte de volonté. Dans le domaine psychologique aussi *coacta voluntas est voluntas.* Mais si, étant donnée notre situation, nous ne pouvions guère vouloir autre chose que ce que nous avons voulu, ce phénomène si important pour notre conscience, peut être négligé dans la réalité ; on peut enchaîner les causes, sans tenir compte de notre acte de détermination que nous croyons décisif et qui constitue simplement un épiphénomène.

Dans la création du droit, le pouvoir de la volonté pourrait être aussi modeste. Le législateur, le juge croient décider ; en fait, ils sont peut-être emportés par des forces extérieures de nature morale ou physique. Sans doute ils disent « nous voulons », et ils « veulent » effectivement, mais ils veulent peut-être ce qui est déterminé par ailleurs, ce qu'ils ne pourraient empêcher. La volonté juridique qui accompagne la naissance du Droit, serait alors un simple épiphénomène incapable de rien expliquer. C'est sans doute par une réflexion de ce genre que Jhering, après avoir exagéré le rôle de la volonté humaine, la néglige absolument dans ses derniers ouvrages.

Pour avoir le droit de concevoir l'évolution juridique en dehors de tout acte volitif, il faudrait établir deux choses. Que tout acte de volonté humaine est non seulement déterminé, mais que nous avons les moyens de l'expliquer entièrement par un certain nombre de causes ; que l'homme obéit toujours aux forces extérieures, ou à certaines impulsions morales et que nous pouvons calculer ce qu'il faut dans chaque cas des uns et des autres pour déclancher sa décision ?

Alors nous pourrions négliger la volonté humaine.

Mais il est certain que nous ne savons pas exactement ce qui se passe dans un cerveau humain au moment où il prend parti pour ou contre telle institution. Connaîtrions-nous tous les sentiments d'un individu, nous ne saurions pas pourquoi les uns ont triomphé au détriment des autres. L'expression « volonté » condense ces multiples énigmes.

D'ailleurs, en admettant que la volonté se fonde dans l'ensemble des causes déterminantes, elle vit par ses effets. Déci-

der, c'est annuler certaines forces au profit de certaines autres; ce n'est pas donner la résultante de toutes les forces en présence. Cela est encore plus vrai juridiquement que psychologiquement. Le plus souvent, le législateur, et surtout le juge, n'ont le choix qu'entre deux solutions, et, parmi les tendances qui s'opposent directement, un compromis est impossible. L'acte de volonté juridique est donc dans le causalisme général un phénomène nouveau de la plus haute importance.

La volonté interrompt le causalisme universel, non pas positivement, mais négativement. Elle ne crée pas ce qu'elle choisit, mais elle détruit ce qu'elle ne choisit pas. Les lois contraires de la physique se combinent; quand le vent emporte la plume, il ne diminue en rien la force de l'attraction terrestre. Dans la lutte morale, quand le vainqueur a posé le pied sur le vaincu, des deux rivaux dont la force était presque égale, l'un reste tout puissant, l'autre est anéanti pour toujours.

§ 5. — **Hétérogénie des fins.** — Nous sommes encore loin du finalisme. Nous admettons que l'homme intervient dans la création du droit et que sa volonté y a une influence considérable. Mais que cette influence soit toute puissante, qu'elle soit conforme à ses prévisions et ses désirs, c'est une autre question. Pour diriger consciemment ses destinées, l'homme devrait connaître les fonctions du droit avant de les réaliser, et les réaliser telles qu'il les conçoit. S'il n'y a pas cet accord entre la prévision et les résultats, il n'y a pas de fin, il n'y a pas de finalisme. Si le but n'est pas fixé avant le départ, ce n'est plus un but, mais un terme, un point d'arrivée. Le subtil ouvrage de Jhering *Der Zweck im Recht* nous présente ce défaut capital de confondre continuellement la fin et la fonction. Il y a cause finale quand nous réalisons nos désirs d'autrefois et non lorsque nous en sommes la dupe et que nous ne ferions pas ce que nous faisons si nous connaissions l'avenir.

Sans doute le législateur fait des lois parce qu'il les croit utiles. Auront-elles vraiment l'utilité qu'il leur attribue et n'en auront-elles pas d'autres? L'expérience historique montre que

si nous voulons conclure des fonctions présentes aux intentions passées, nous nous tromperons presque à coup sûr, et, pour les lois que nous voyons faire, il nous est facile de constater qu'elles réalisent bien rarement les effets qu'on leur attribuait en les écrivant.

On a donné à ce phénomène une forme scientifique en le nommant loi d'hétérogénie des fins. L'institution ne remplit que rarement sa fonction première, celle pour laquelle on l'a créés. Elle sert au contraire à beaucoup d'autres choses dont on ne se doutait pas à l'origine et dont on ne se doute parfois jamais. De telle sorte que font preuve de la plus grande naïveté les législateurs qui croient à la toute puissance de leur volonté, les interprètes qui croient trouver dans les travaux préparatoires la compréhension de l'utilité des lois et enfin les critiques si nombreux qui raisonnent sur les fonctions juridiques comme si elles étaient apparentes.

D'où peut provenir ce désaccord entre la fin voulue par l'homme et la fonction réelle ? Est-il également inévitable à toute époque de civilisation, dans toutes les branches juridiques ?

Pas plus dans le droit que dans le monde physique, la déclaration de volonté ne produit immédiatement un effet. Pour modifier le présent, il faut vaincre une certaine opposition, une résistance. Ce n'est pas toujours l'action directe et violente vers le but poursuivi qui aura le meilleur résultat. Il faut connaître en premier lieu la nature et la force de la résistance à vaincre pour savoir comment on pourra la vaincre. De telle sorte que le législateur manque souvent son but par ignorance des moyens à employer. Sans une certaine dose de science et d'habileté, on ne peut espérer réaliser le but juridique. Mais c'est là un danger accidentel qui rationnellement pourrait être évité lorsque la science sera parvenue à un certain degré.

Il est d'autres causes de désillusion pour le législateur optimiste. Il est très rare que les effets des lois soient simples. Le plus souvent ils sont extraordinairement complexes. Lorsqu'il

réussit à produire le résultat désiré, il produit en même temps un très grand nombre d'autres conséquences qu'on n'eût jamais voulues et qui peuvent dans la réalité dépasser en importance le résultat cherché. Ainsi la rigueur avec laquelle le Code civil français a établi le partage égal a bien un peu égalisé les fortunes, comme on le désirait. Mais ses effets sur le morcellement des terres et sur le mouvement de la population n'étaient pas voulus et sont peut-être plus sensibles.

Ce second danger ne peut être évité que par l'expérience, une expérience fort longue, il est vrai. Il n'est pourtant pas impossible d'espérer qu'après des siècles de tâtonnements le législateur saura obtenir un résultat voulu et éviter les effets non voulus.

Mais, quelle que soit la science et l'expérience du législateur, en la supposant complète, il restera toujours entre la coupe et les lèvres un intervalle considérable. Sans doute, on peut arriver à calculer l'avenir pour un moment de raison; l'homme pourrait réaliser sa volonté dans la loi en tenant compte de toutes les circonstances du présent. Mais le perpétuel renouvellement des choses ne lui permet pas de prévoir comment pourra se comporter l'institution qu'il crée dans le milieu juridique de demain. De telle sorte que la loi qui hier favorisait le commerce peut lui être une entrave aujourd'hui ; celle qui tendait à affermir la famille lui devenir nuisible si les mœurs ont changé. Dans les institutions politiques, nous voyons des organes de modération devenir de révolution et vice versa. Pour chaque siècle, pour chaque charge, la fonction change toute seule, sans l'intervention d'une volonté dirigeante.

Plus vite, beaucoup plus vite que la fonction du droit, la volonté dirigeante, l'idéal politique se métamorphose, de telle sorte qu'en supposant le droit stable, l'accord entre la volonté humaine et la fonction du droit ne pourrait subsister qu'un instant de raison. On ne descend jamais deux fois dans le même fleuve, disaient les Grecs. On ne désire jamais deux fois le même idéal ; on n'a pas deux fois la même volonté. L'idéal

des ancêtres, les descendants ne peuvent guère le reconstituer complètement ; le but premier de la loi est inconnu.

Est-ce à dire que l'hétérogénie des fins soit une loi, un résultat inévitable qui s'est toujours produit et se produira toujours avec la même intensité ? Il est d'abord certain que ce n'est pas une loi, mais la constatation de ce phénomène négatif que la volonté humaine n'est pas toute puissante dans la création du Droit. Ce phénomène n'est d'ailleurs pas général ; il ne se produit pas avec la même intensité à toute époque, dans toutes les branches du Droit. Ceux qui affirment avec le plus d'énergie que la prévision de la fonction n'a jamais été la cause d'une institution n'en proposent pas moins des réformes qui seraient inconcevables si l'homme n'était à même de prévoir les fonctions en aucun degré.

Aussi, de ce phénomène de l'hétérogénie des fins, nous tirons, en ce qui concerne la méthode de l'histoire du Droit, des conclusions diamétralement opposées à celles qui prédominent actuellement. L'histoire du Droit, nous dit-on, doit s'étudier par époques, car la fonction des institutions varie suivant les époques. Et c'est précisément parce que ces fonctions varient que nous préférons la méthode verticale par institution qui met en relief ces variations. Car l'hétérogénie des fins n'est pas un principe que nous constatons une fois pour toutes et dont nous ne tiendrons plus compte. C'est au contraire un des objets principaux de nos recherches. Très peu éclairé encore sur sa véritable nature et sur son importance, nous tenons à suivre les fonctions dans leur variation. Chaque fois que la volonté humaine a essayé de saisir la direction du Droit, il nous importe de savoir jusqu'à quel degré elle a pu réussir et d'étudier comment la loi a pu se dérober plus ou moins à son étreinte.

§ 6. — **Conclusion.** — La volonté humaine est une cause juridique ; elle n'est rien de plus qu'une cause. Elle pousse la loi à droite ou à gauche, elle ne sait où. Faut-il la comparer au paysan ivre de Luther, qui ne peut se tenir sur son âne et

tombe tantôt d'un côté, tantôt de l'autre ? ce serait peut-être lui faire trop d'honneur, car le paysan sait qu'il y a une route et veut la suivre, quoi qu'il ne puisse le faire. La volonté juridique n'a pas de route à son usage. Elle va, comme dit un poète, « où va toute chose, où va la feuille de rose et la feuille de laurier ».

On ne saurait mépriser la nature de la volonté humaine ; elle est des plus puissante en tant que force. Elle est consciente de sa force, mais inconsciente de son but et du résultat de ses efforts. Si l'on comparait les espoirs des législateurs et les résultats qu'ils obtiennent, on ferait à ce sujet de bien tristes réflexions. Mais le législateur n'est pas tenu de venir signer le bulletin de décès des malades dont il a promis la guérison et cela illusionne un peu sur son compte.

L'histoire du Droit est obligée de confesser cette impuissance séculaire des plus profonds penseurs et des plus énergiques volontés.

Le Droit n'est pas de la volonté humaine réalisée.

LITTÉRATURE SUR LE FINALISME HUMAIN

WORMS. *Philosophie des sciences sociales*. L. I, p. 99. — « Il est un quatrième caractère interne que présentent les faits sociaux. Ils portent à nos yeux la trace d'une certaine finalité. Il ne s'agit pas ici, qu'on l'entende bien, d'une finalité transcendante, supra-sensible, telle que la conçoit la métaphysique. Nous ne voulons parler que d'une finalité immanente, ne sortant aucunement du monde humain, telle que la science peut la comprendre et la constater. Or cette dernière nous paraît indéniable en matière sociale. Les phénomènes sociaux, en effet, sont la manifestation des volitions humaines. Celles-ci tendent à réaliser le bien de l'individu, tel du moins qu'il le conçoit. »

Id. p. 104. « On ne saurait en effet oublier que si la société dure c'est parce qu'elle permet à l'être humain de vivre et de se déve-

lopper mieux qu'il ne le ferait dans la solitude. On dira peut-être que c'est un point de vue finaliste, mais nous avons déjà déclaré que la finalité, entendue en un sens purement humain, n'a rien que d'admissible dans le monde social et que même elle y règne, nous semble-t-il avec évidence. »

Durkheim. *Règles de la méthode sociologique*. p. 111. « Faire voir à quoi un fait est utile n'est pas expliquer comment il est né, ni comment il est ce qu'il est. »

P. 113. « L'organe est indépendant de la fonction, c'est-à-dire que tout en restant le même, il peut servir à des fins différentes.»

Brochard. *De l'erreur*. p. 149. « La volonté s'affranchit de l'idée, la dépasse et la domine, puis réagit sur elle pour la maintenir ou l'écarter, pour la finir ou s'y attacher, pour l'affirmer ou la nier. »

Jhering. *Der Zweck im Recht*. p. 5. « Das Zweckgesetz lautet: kein Wollen, oder was dasselbe, keine Handlung ohne Zweck. »

P. 14. « Handeln und um eines Zweckes willen handeln ist gleichbedeutend ; eine Handlung ohne Zweck ist ein eben solchen Unding wie eine Wirkung ohne Ursache. »

P. 38. « Die Natur will dass die Menscheit bestehe... Wie erreicht sie diesen Zweck. Dadurch, dass sie den Egoismus bei demselben interessirt, dies aber bewirkt sie so, dass sie ihm eine Prämie aussetz für den Fall, dass er thut, wass er soll : die Lust, und eine Strafe androht, wenn er nicht thut, was er soll, oder thut, was er nicht soll : den Schmerz. »

P. 63. « So gestalltet sich denn die Aufgabe... zu einer *Systematik der menschlichen Zwecke*. Ich sage Systematik. Das soll heissen : ich will diese Zwecke nicht bloss ausserlich neben einander stellen, sondern ich will den Versuch machen, den inneren Zusammenhang, in den sie unter einander stehen, aufzudecken, nachzuweisen, wie einer an den andern anknüpft, der höhere an den niedern, und nicht bloss anknüpft, sondern wie einer in der Consequenz seiner selbst den andern aus sich hervortreibt. »

Stammler. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*. p. 609. « Wenn neuere Historiker nach Gesetzen der Geschichte gestrebt haben, so meinten sie zumeist nur Regelmässigkeiten eines natürlichen Geschehens : ...Aber dieses trifft den grundsächlichen Charakter des sozialen Geschehens überhaupt nicht. Dessen Eigenthümlichkeit liegt darin, dass Zwecke aufgestellt, Ziele verfolgt werden sollen. Die soziale Geschichte ist eine Geschichte von Zwecken. »

Gomperz. *Les penseurs de la Grèce*. trad. Reymond, t. II. « On observe dans toutes les choses humaines un haut degré de complication dont il résulte, non pas exceptionnellement, mais régulièrement, un désaccord entre les conséquences immédiates et les conséquences lointaines d'une institution ou d'un acte. »

Rudolf Goldscheid. *Grundlinien zu einer Kritik der Willenskraft*, 1905. p. 6. « So würde klar werden, wie Naturordnung, Menschenordnung und akkumulierte menschliche Willenskraft, sich zu einander verhalten und was der menschliche Wille angesichts der gegebenen, natürlichen, ökonomischen und sozialen Existenzbedingungenn nicht nur soll, sein auch kann. »

LIVRE II

Le Causalisme.

CHAPITRE PREMIER

La Notion de Cause.

BIBLIOGRAPHIE. — Aristote, *Metaphysicorum liber primus* ; — Franç. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, L. III, c. 4 ; — Hume, *Essais philosophiques sur l'entendement humain*, trad. Amsterdam, 1758.

Cournot, *Considération sur la marche des idées et des événements dans les temps modernes* ; — Boutroux, *Contingence des lois de la nature* ; — Th. Ribot, *Les idées générales* ; — Taine, *De l'intelligence*, 2me part., L. IV, C. II, § 1 et 2 ; — Berr, *Avenir de la philosophie* ; — Fonsegrive, *La causalité efficiente* ; — Lachelier, *Les fondements de l'induction* ; — Rey, *Leçons de psychologie et de philosophie* ; — Geyser, *Naturerkenntniss und Kausalgesetz*.

Tiraquellus, *Tract. cessante causa cessat effectus*.

Xénopol, *La causalité dans la succession. Revue de synt. hist., 1903* ; — Simiand, *Méthode historique et science sociale* ; — G. Vailati, *Sull' applicabilità di concetti di causa e di effeti nelle scienze storiche. Riv. italian. di social.* VII, mai-juin 1903.

Pareto, *Cours d'économie politique*, § 591-600 ; *Systèmes socialistes*. I, 81 ; — Pellis, *La philosophie de la mécanique*, 1888.

Menger, *Untersuchungen über die Methode in den Socialwissenschaften*.

A ceux qui, comme nous, prétendent que le but de l'histoire du Droit est d'étudier les causes et les effets des institutions et des lois, on peut poser une question fort embarrassante : Que signifient les mots cause et effet ? Peut-on les définir ; préciser leur nature et leur rôle ; les utiliser en pratique comme en théorie ? Si nos idées à cet égard sont confuses, susceptibles de controverse, n'aura-t-on pas beau jeu pour nous attaquer, prétendre que notre travail est vicié dans son principe ? Dans la vie de tous les jours on est parfois excusable de marcher à l'aventure ; mais la science vit d'idées précises, de conceptions nettes. Peut-on travailler en vertu de principes que l'on ne comprend pas entièrement ?

La cause est pourtant encore une notion obscure. Bien loin d'être une idée simple, accessible à tous les cerveaux dès leur naissance, c'est un principe d'expérience que l'on peut envisager à de multiples point de vue, qui suffirait tout seul à constituer une science, dont des générations de travailleurs ne verraient pas le terme.

S'il avait fallu attendre qu'une doctrine complète et incontestable de la causalité fut élaborée, avant de se servir de la cause comme instrument de recherche, la plupart des sciences seraient encore dans un état bien rudimentaire. L'expérience a démontré des milliers de fois que nous savons manier d'instinct cet instrument dont le mécanisme ne nous est pas entièrement connu. C'est d'autre part un outil qui peut s'affiner par l'usage. L'étude de la cause en histoire du Droit est précieuse pour l'histoire et le Droit. Mais elle peut aussi faire apparaître le causalisme lui-même sous un jour nouveau.

§ 1. — **La cause objective et la cause subjective.** — Toute matière, tout mouvement de la matière, toute sensation et pensée sont des produits. D'autres choses, d'autres forces physiques ou morales, les ont précédés et fait naître. Tout ce qui existe puise dans un passé, proche ou lointain, les raisons de son existence. Rien ne vient de rien ; point d'être sans ancêtre. Tel est le principe de causalité dans son essence. Il est objectif

de sa nature. Alors qu'aucune intelligence ne saurait le comprendre, son rôle dans la création de toute chose n'en serait pas amoindri.

Mais en un instant de son évolution, le cerveau humain a pris contact avec cette vérité naturelle, l'a compris comme il l'a pu, en a fait l'idée de cause. L'homme tel qu'il existe ne peut plus se passer d'une telle conception pour se diriger dans la vie scientifique et pratique. Mais il ne peut pas non plus connaître toute la cause réelle. Il doit négliger certaines vérités pour concentrer son attention et sa mémoire sur quelques autres et il a — peut-être par pur hasard — le pouvoir de négliger une grosse part du vrai, sans que la rigueur de ses observations partielles en soit compromise. Il ne peut voir l'ensemble, il n'en comprend que mieux les détails; il ne peut envisager l'absolu, cette imperfection lui permet de mieux étudier le relatif, qui est peut-être un élément plus subtil de la vérité et qui est, en tous cas, d'une utilité plus incontestable.

Ainsi la science emploie un causalisme subjectif en ce sens qu'elle se rend parfaitement compte de ses défectuosités. Elle sait qu'il est fait à la mesure du cerveau humain et qu'il ne saurait avoir une concordance parfaite avec la réalité. La spéculation pure peut nous fournir des notions incontestablement plus objectives, mais bien inférieures comme instrument de travail.

Il existe donc une causalité objective et une causalité subjective, des problèmes objectifs de causalité, des efforts pour mieux comprendre le mouvement réel des choses matérielles et vivantes, sans souci d'augmenter la somme de nos connaissances concrètes ; et des problèmes de causalité subjective, des combinaisons ingénieuses pour tirer le meilleur parti de matériaux que notre intelligence ne peut mouvoir en leur ensemble.

Chaque science a ses procédés pour pénétrer dans le causalisme; la chimie, la physique, la médecine et la mécanique ont une conception spéciale de la cause et aucune d'elle n'est absolument objective. Il ne faut pas, sans beaucoup de prudence, passer de l'une à l'autre avec la même logique.

Dans les sciences psychologiques et morales, la notion de cause se subjectivise et se spécialise tellement qu'on peut croire avoir abandonné la réalité pour un monde d'abstraction fantaisiste.

La scolastique argumentait volontiers sur le thème suivant: lorsque quelqu'un a réussi à s'attirer la bienveillance, l'affection, l'amour d'autrui en lui faisant des cadeaux, quelle est la vraie cause du sentiment? Sans les cadeaux, les sentiments ne seraient point nés et pourtant ils ne peuvent en être la cause, car l'intérêt ne peut être la raison d'une sympathie vraiment sincère. On serait tenté de voir aujourd'hui, dans une telle discussion, une série de jeux de mots. Ce serait une erreur. Il s'agit d'un problème de causalisme psychologique dont la solution positive ne serait pas sans intérêt.

La science juridique a un assez grand nombre de notions causales qui lui sont propres. La cause d'un dommage est plus objective et la cause d'un contrat plus spécialisée. Même lorsque des textes énumèrent les causes du divorce, de l'indignité, de l'exhérédation, etc... le lien avec le causalisme métaphysique n'est pas complètement rompu. La loi donne éventuellement à certains faits un pouvoir causal sur la réalité concrète.

§ 2. — **Les problèmes de la cause objective.** — Ces questions paraissent à première vue inopportunes. La philosophie pure, la métaphysique qui d'ordinaire ne craint pas d'aller dans les nuages, n'a pas cru devoir consacrer trop d'effort a saisir plus réellement que cela n'est utile à la logique ordinaire, la nature de la cause. La notion empirique, sous sa forme la plus simple a suffi bien longtemps au progrès des sciences physiques et naturelles; les savants, sur ce point, n'avaient rien à réclamer aux philosophes, et ceux-ci se laissaient fasciner par une seule question, la moins importante, et qu'ils étaient en tous cas fort mal placés pour résoudre, car elle est purement historique: comment l'idée de cause s'est-elle introduite dans le cerveau humain?

I. — Du moyen-âge à des époques toutes récentes, les pro-

blèmes de la causalité objective ont peu été posés, en tous cas, peu approfondis. Celui auquel la philosophie classique fait le plus souvent allusion est le degré d'identité entre le phénomène cause et le phénomène effet. Dans la réalité, tout fait nouveau résulte de la combinaison de plusieurs faits anciens; il est certain que chacun a sa part de causalité quoique pour nous quelques uns soient négligeables. Les qualités et les proportions de ces divers antécédents et le procédé de combinaison qui les unit doit contenir la conséquence, s'identifier avec elle. La scolastique faisait ressortir cette idée en distinguant trois genres de cause : *formalis, materialis et efficiens.* Ainsi la cause d'une statue est triple. Il faut une matière, marbre ou bronze; chez le sculpteur une certaine capacité, du talent, l'intention de travailler; enfin un travail effectif, qui incorpore dans la matière la pensée de l'artiste. Cette analyse de l'antécédent causal a été présenté plus ou moins heureusement et plus ou moins fructueusement par les penseurs du moyen-âge. Elle a subsisté dans la logique traditionnelle comme une division didactique et sans intérêt. Bacon commence à l'abandonner: il recommande particulièrement aux sciences la *causa efficiens.* La *causa formalis* ne lui paraît pourtant pas sans valeur. Il attend beaucoup de son étude, peut-être trop. Mais il l'enlève à la causalité; il la confie à la métaphysique. La cause formelle devient la forme, puis la substance, et finit par nous échapper complètement.

La division tripartite de la cause ne me paraît pas dénuée d'intérêt. Appliquée à la vie juridique, elle donnerait une matière, la loi. Les parties doivent y prendre les matériaux de l'acte futur. L'état psychologique des personnes qui veulent contracter serait le second élément de la cause. Enfin l'action de l'un sur l'autre qu'elle émane directement des parties ou d'un intermédiaire, correspond à la cause efficiente. Evidemment il s'agit d'une approximation un peu naïve, si l'on veut, de la réalité. On ne peut nier qu'elle soit un effort purement objectif. Elle cherche à retrouver dans la réalité passée, la réalité présente aussi complète que possible.

La scolastique a pour méthode d'essayer de prendre la réalité dans un filet dont la logique a formé les mailles. Mais le tissu n'est jamais assez serré et la vérité peut fuir.

Sa conception de la causalité est évidemment assez grossière. Il est peut-être impossible de grouper sous trois classes les éléments d'une cause réelle; même si l'on y parvenait, ces formules contiendraient des notions tellement diverses qu'elles seraient plutôt susceptibles de nous voiler la réalité que de nous la faire comprendre. On pourrait distinguer non plus trois, mais cent, mille catégories causales sans avoir épuisé la réalité. Le nombre des petites causes qui se groupent pour former même de petits faits est infini.

Il n'en faut pas moins reconnaître les mérites des penseurs du moyen-âge. Ils ont vu une chose assez difficile à voir: l'effet contient tous les éléments du phénomène-cause et la cause est complétement connue par tous les éléments du phénomène-effet. Tous les molécules, toutes les forces de l'un, doivent se retrouver identiques chez l'autre et il les faut tous. Alors la cause est identique à l'effet. Ils ont compris que cette vérité était objective. L'esprit humain — même le plus scientifique — voit dans le monde un monde de métamorphoses, où les causes et les effets se suivent sans se ressembler. Alors que nous saisissons très bien les raisons d'être, nous ne voyons pas les ressemblances. Nous concevons très bien comment une explosion détruit une maison; mais que la catastrophe n'ait rien changé à l'état antérieur des choses, notre raison se refuse à le comprendre. Et cela est pourtant vrai à un certain point de vue.

Au contraire, lorsque la philosophie moderne nous dit que le *rapport de causalité* tend à devenir un *rapport d'identité,* elle y parvient par l'analyse de nos états psychologiques et laisse subsister une certaine confusion. Si nous sommes de plus en plus portés à admettre qu'identité et causalité se confondent, c'est par réflexion et observation de la réalité et non par besoin intellectuel. Notre intelligence pourrait laisser les deux termes indéfiniment séparés. Aucune science n'a pour but de poursuivre cette identification.

II. — Quand nous parlons de cause et d'effet nous avons l'air de considérer les phénomènes comme constituant des familles où le fils peut reconnaître son père et sa mère, sait qui lui est parent et qui lui est étranger.

Or, très certainement, le nombre des phénomènes qui ont contribué même directement à la naissance d'une chose sont plus nombreux que nous ne pouvons l'imaginer. Nous sommes incapables de reconstituer une cause entière et nous nous rendons compte de cette incapacité. Mais on peut aller plus loin et croire que l'univers entier est solidaire, que tout est dans tout; qu'il n'y a pas de filiation de phénomènes, mais d'innombrables influences attractives ou répulsives, venant de partout et dont la résultante est ce que nous observons.

Si je pose mon porte-plume sur la table, cet acte ne me paraît guère avoir de conséquence. Il en a pourtant, il détermine un choc, une vibration de l'air. Est-il possible de délimiter le terrain de ces effets si insignifiants? Faut-il se borner à la table, à la chambre, à la ville, au pays, au globe terrestre? Tout l'univers n'en est-il pas affecté d'une façon si minime que l'imagination ne peut le concevoir, mais réelle quand même ? Et ce mouvement, dont je ne perçois qu'un effet physique, l'ébranlement de l'air, n'exerce-t-il pas une influence, infime bien entendu, sur les êtres vivants, l'action et les pensées d'individus qui se trouvent à des distances infinies ?

On dit, par confusion entre la cause objective et subjective, qu'il est légitime de négliger l'inappréciable. Oui, en pratique, mais non en théorie. Si les infiniments petits de l'univers ont une zone déterminable d'influence et ne sont pas solidaires les uns des autres, il est vraisemblable que toute proportion gardée, il en est de même pour les grands. Il sera alors licite de constituer des classes de faits ou de choses qui par suite de leur nature ou de leur éloignement n'ont aucun rapport avec d'autres, forment des séries indépendantes. Si au contraire une solidarité infime et inappréciable relie les infiniments petits de l'univers, il faut *a fortiori* supposer une solidarité qui, celle-là, sera appréciable entre les phénomènes supérieurs et

nous en conclurons qu'une classification des causes est une nécessité subjective, mais ne correspond à rien de réel.

Il ne me semble pas qu'il y ait un moyen quelconque de résoudre le problème. Il faut donc montrer la plus grande prudence dans la création des séries causales, lorsqu'elles sont pratiquement nécessaires.

III. — Le causalisme objectif est essentiellement individuel dans tous ses éléments. On a soutenu récemment que l'individuel n'avait pas de cause. On peut au contraire affirmer que seul l'individuel a une cause en tant qu'individuel. Il n'y a et ne saurait y avoir dans l'univers qu'un nombre infini de phénomènes particuliers, mais aucun phénomène général. Si nous avons l'avantage de pouvoir réunir dans une seule conception des quantités innombrables d'êtres analogues, il ne faut pas oublier que nous renonçons par cela même à une connaissance plus intime de ces êtres. Pour ce que j'ai à en faire, l'eau de l'Atlantique, du Pacifique ou de la Méditerranée sont pour moi équivalentes. Pourvu qu'elle soit susceptible de porter des bateaux et de laisser vivre des poissons, je ne tiens pas à pénétrer plus avant dans sa composition intime. Mais dans la réalité, chaque molécule, chaque atome, chaque cellule vivante a ses caractères, ses destinées et son histoire. Et chacune de ces petites destinées joue son rôle dans la causalité. En si petites parcelles que nous décomposions la matière, pour si semblables qu'en soient les éléments, chacun d'eux n'en a pas moins une individualité propre. Si nous pouvions marquer par une croix bleue ou rouge, comme on le fait pour un mouton, tel atome d'oxygène et le suivre ainsi dans toutes les combinaisons où les forces naturelles ou artificielles pourraient l'incorporer, et que nous retrouvions un jour notre molécule réunie à de l'hydrogène pour former de l'eau, la cause réelle de *cette* eau doit indiquer pourquoi *notre* molécule d'oxygène s'y trouve et non pas tel autre.

Il n'y a rien de fungible dans l'univers. Tout est individuel, tout s'individualise et tend à s'individualiser. Nous ne pouvons pas connaître l'individualité de certaines choses qui nous

offrent un intérêt identique et qui nous semblent absolument pareilles. Dans un troupeau de moutons, de même race, et de même poids, chaque unité nous paraît dénuée de caractère différentiel. Et pourtant le berger les connaît tous sans hésiter, fussent-ils des centaines et détaillera longuement les particularités de caractère de chacun d'eux.

Si passant dans la rue, il me tombe sur la tête telle ou telle personne, je comprendrais dans la cause toutes les circonstances qui ont fait tomber *cette* personne, au moment où je passais sous la fenêtre. Si au contraire je reçois un seau d'eau sur la tête, je chercherai à reconstituer la cause par les raisons qui m'ont fait passer au moment où on jetait de l'eau. Mais l'individualité de l'eau qui a été jetée est un élément aussi réel que mon individualité propre et sans en tenir compte le vrai rapport causal, n'aura pas été objectivement reconstitué.

§ 3. — **La cause subjective.** — Evidemment toutes nos conceptions, toutes nos perceptions sont subjectives. Elles ont dû traverser notre cerveau pour se faire connaître. Mais il en est parmi elles que le contrôle de l'expérience et de la réflexion a vérifié comme conforme à la réalité. Il en est d'autres que nous savons parfaitement ne pouvoir correspondre exactement à rien de réel et qui nous donnent pourtant les meilleurs moyens de comprendre et d'agir sur l'ensemble des êtres. Il en est ainsi du principe de causalité.

Comment se fait-il que notre cerveau ait trouvé des moyens théoriquement très imparfaits, pratiquement très puissants, d'adapter des idées aux choses, l'énigme n'en est pas encore expliquée? Mais le fait est certain; il a été très utile à l'humanité d'envisager la nature à travers un certain prisme qui déformait les objets sans détruire les proportions, de telle sorte qu'en combinant des fictions, il jugeait avec autant d'exactitude que si l'existence elle-même eût été entre ses mains.

I. — L'homme peut utiliser les principes abstraits qui se dégagent des choses, comme les choses mêmes, pour son usage

personnel. Aussi bien qu'on attelle un cheval à une voiture, qu'on accumule la force des chutes d'eau pour les services industriels, on peut employer le principe causal pour pénétrer dans la nature des choses, en percevoir les qualités secrètes. Si nous savons comment a été faite une boisson, quels liquides ont été mélangés pour la constituer, nous en devinons le goût avant de la porter à nos lèvres. Si nous connaissons les causes d'un chagrin, nous comprenons l'attitude, les larmes de la personne qui en est affligée, et même la douleur qu'elle nous cache. Donc la cause peut être explicative ; elle peut tout aussi bien ne pas l'être. Elle n'existe pas pour nous expliquer pas plus que le cheval n'a été créé pour notre service. Notre cerveau a le pouvoir de la faire servir parfois à cet usage particulier ; mais ce pouvoir est très variable. Parfois au seul moyen de la cause et de l'effet nous pourrons disséquer des choses extrêmement complexes et reconnaître comme nous étant familiers les petits éléments qui nous sont ainsi révélés. Au contraire, bien souvent dans les sciences morales comme dans les sciences physiques, notre pouvoir d'expliquer par la cause est absolument nul.

L'esprit humain ne s'est pas contenté d'utiliser le principe causal en lui-même en observant l'action des phénomènes les uns sur les autres, et retrouvant dans le produit les qualités du producteur. Les logiciens des époques et des écoles les plus diverses l'ont combiné avec leurs autres procédés de raisonnement, l'ont inséré dans la logique générale.

Ainsi par une sorte d'analogie symétrique, on a conclu de ce que les mêmes causes produisent les mêmes effets au principe inverse et très contestable que les mêmes effets sont le produit des mêmes causes, duquel on peut rapprocher le *cessante causa cessat effectus*. Or, en pratique, on peut par des procédés bien divers obtenir le même résultat. Sans doute en théorie, le procédé ne sera pas toute la cause ni le résultat tout l'effet. Mais si nous raisonnons dans la réalité absolue, le principe n'a plus de sens, car il n'y a pas deux effets qui puissent être *les mêmes*. Ce n'est pas à dire que les logiciens aient

eu sur ce point complètement tort et que leur corollaire soit totalement faux. Les mêmes effets proviendraient des mêmes causes dans le monde imaginaire où des causes intégrales et des effets intégraux pourraient être *les mêmes*. Par suite, plus nous grouperons d'éléments du phénomène cause et du phénomène effet, plus nous les étudierons objectivement, plus notre adage devra se rapprocher de la vérité. Il nous fournit donc un criterium qui n'est pas à dédaigner.

Le principe de causalité a très heureusement servi à justifier le raisonnement inductif, à lui donner toute son autorité. Chacun d'eux n'en a pas moins toujours, maintenant comme autrefois, son existence indépendante et son rôle spécial. Le procédé causal peut aussi se combiner dans la recherche de la vérité avec l'induction et la déduction. Hume nous en donne un exemple : Si on découvre un pied humain sur le sable d'un rivage, en remontant de l'effet à la cause on pourra affirmer qu'un homme y a passé. Mais comme nous savons par induction que les hommes ont deux pieds, il nous paraîtra légitime de redescendre de la cause que nous n'avons pas vu à un autre effet que nous ne voyons pas davantage, le second pied que le vent sans doute a effacé. Une telle opération logique n'est pas absolument sûre, elle ne vaut que ce que vaut l'induction ; on ne pourrait l'admettre que dans les sciences qui ont des procédés de constatation très rigoureux.

II. — L'homme a eu l'heureux privilège de croire tout connaître lorsqu'il ne connaissait presque rien, de se servir d'outils essentiellement imparfaits sans se rendre compte de leur imperfection. Il est à croire que le courage lui aurait manqué et lui manquerait peut-être encore pour travailler s'il avait connu et connaissait la juste valeur de son travail. Il en a été ainsi dans le monde des principes abstraits comme dans la vie matérielle.

Avec la cause réelle, il a choisi ce qui lui convenait, ce qui l'intéressait, a donné à cette parcelle de cause une valeur qu'elle n'avait pas en réalité, l'a appelé cause efficiente, a déclaré qu'elle avait dans les phénomènes une importance capi-

tale, tandis que d'autres éléments ont été ou complètement négligés ou introduits dans un rang inférieur sous le nom d'occasion. Or il s'est trouvé que cette façon arbitraire de traiter les choses a été plus utile que nuisible. On n'a évidemment jamais pu ainsi expliquer l'ensemble d'un phénomène concret, mais, ce qui valait mieux, on a pu dégager certaines forces physiques ou morales, les étudier de près dans leur action, les reconnaître dans les divers phénomènes et voir comment elles se comportent un peu partout. C'est pourquoi même en nous rendant compte que notre idée de cause est essentiellement subjective, il ne saurait être question de l'abandonner. Tout au plus pouvons-nous désirer avoir une conscience plus précise de la valeur des méthodes qui ont fait leur preuve pratique mais dont la situation théorique demanderait à être mieux fixée.

L'intelligence humaine néglige des éléments plus ou moins importants de la cause par nécessité, par ignorance ou par calcul. Par nécessité, car elle ne peut tout connaître ni surtout tout connaître à la fois; elle s'arrête sur ce qui est le plus facile et le plus utile à percevoir. Mais les causes négligées ne sont traitées par le mépris que par les vrais ignorants, ceux qui s'ignorent eux-mêmes et l'étroit horizon de leur pensée. Ce n'est d'ailleurs un reproche à faire à personne ; cette ignorance a ses avantages. Sans doute, elle serait fort dangereuse, si les tendances outrées ne se corrigeaient pas les unes les autres. Ainsi, les faiseurs de lois historiques conduiraient à l'erreur, s'ils n'étaient si nombreux et si adversaires. Chacun n'a pris qu'un élément du causalisme général, il veut y voir la seule force décisive et continuelle. Il affirme que toute notre histoire est un développement de notre nature physique ou d'une force morale quelconque comme l'intérêt, la tendance à l'imitation, la recherche de l'idéal, ou l'épanouissement de la pensée collective. A travers l'histoire, il a glané des fragments de causes et, de ces débris, il veut faire non pas une cause objective complète, ce qui serait déjà bien de l'ambition, mais une loi, une cause de causes permanentes qui engendre perpétuel-

lement et sans repos le monde entier des institutions. S'il n'y avait eu qu'une seule loi historique, elle aurait tué la science; mais il en est des masses qui jouent réciproquement le rôle de contrepoison. La logique y perd; l'activité scientifique y gagne et des écoles fondées sur un paradoxe apportent des travaux solides et intéressants qu'on n'aurait pas produits sans le besoin de soutenir le paradoxe. Il me semble pourtant plus scientifique d'attacher autant d'importance à apprécier le rôle des causes ignorées ou négligées aussi bien que des causes connues.

Choisir certains éléments de la cause, éliminer les autres peut se faire par calcul scientifique. Les diverses méthodes d'expérimentation ne sont pas autre chose. Les méthodes de concordance, de différence, des variations concomitantes analysent des phénomènes complexes pour soumettre à une observation prolongée un seul de leurs éléments. La cause est alors particulièrement subjective. On se préoccupe d'une parcelle de réalité; mais le phénomène dans son ensemble est pour l'expérimentateur une matière brute dont il veut extraire l'essence et rejeter la scorie.

Mais même en étudiant l'origine des faits concrets, nous jugeons la cause d'une façon artificielle, parfois même un peu arbitraire. Ainsi dans une combinaison causale ce qui peut être facilement suppléé sans que le résultat définitif soit sensiblement changé pour nous, ne paraît pas jouer le rôle d'une vraie cause. Si un soldat tombe au milieu d'une grêle de balles, celle qui l'a frappé ne nous paraît guère plus que les autres avoir causé sa mort. Celui qui mettrait une bourse pleine d'or sur une route fréquentée aurait, pour nous, provoqué le vol par ses agissements extraordinaires; le malandrin qui l'aurait prise aurait fait un acte que beaucoup d'autres malandrins auraient pu faire à sa place et par suite ne nous paraît pas être la cause directe du vol. La théorie juridique de la provocation s'est introduite sous le masque du causalisme; mais d'un causalisme essentiellement subjectif.

C'est également pour des raisons pratiques que les causes

qui se répètent le plus souvent, nous paraissent avoir plus d'intérêt et d'importance. Les phénomènes qui se reproduisent le plus fréquemment sont particulièrement dignes de notre attention, en ce que par une seule observation, une seule interprétation nous aurons découvert une part plus considérable de la vérité. Evidemment le but de la science est de réunir le plus grand nombre de connaissances possible. De là un certain avantage à commencer par l'ordinaire, le général plutôt que par l'extraordinaire, l'exceptionnel. C'est uniquement une question de méthode, que plusieurs savants ont cru par erreur être une question de fond. Mais nous verrons par ailleurs quel peut être le rôle scientifique de l'exceptionnel, de l'individuel et même de l'accidentel.

§ 4. — **Causalisme et classification. — Diversité de nature entre cause et effet. — Cause et action réciproque.** — La classification est d'intérêt intellectuel. Elle offre de multiples avantages à notre cerveau, particulièrement celui de pouvoir embrasser d'un seul coup d'œil un nombre de choses considérables. Elle peut être tout à fait arbitraire, faite uniquement pour nous, sans tenir compte de la nature intime des choses ainsi rangées. On peut grouper les gens d'après leur taille, leur couleur ; séparer ce qui vit dans l'eau de ce qui vit sur terre. De telles classifications ne sont pas fausses, par elles-mêmes ; elles ne doivent servir qu'au seul besoin pour lequel on les a instituées. Il en est de plus scientifiques, comme celles en mammifères et poissons qui nous révèlent un grand nombre de caractères communs. Tous les savants s'efforcent dans leur spécialité d'en établir de telles. Il en est enfin qui révèlent un lien de parenté entre les choses, comme celles sur lesquelles on base la généalogie des êtres vivants. On obtient ainsi un maximum d'objectivité dans la classification, car notre opération de logique correspond alors à quelque chose qui s'est réellement accompli. Il importe de ne pas confondre ces trois opérations qui ont surtout le nom de commun.

Dans la recherche des causes, on peut utiliser les classifi-

cations, mais non sans avoir fait une étude préalable de leur caractère. Si elles sont mal faites, elles sont purement artificielles, et je soupçonne fort la psychologie de nous en fournir de telles ; si elles sont bien faites, elles rentrent dans la seconde catégorie, elles seront naturelles et seront basées sur un très grand nombre de caractères communs. Tel sera le cas le plus fréquent. Elles ne seront presque jamais génétiques.

Ainsi dans l'étude des causes nous grouperons ensemble les causes biologiques, psychologiques, juridiques ; nous pourrons étudier les diverses subdivisions de chacune de ces catégories en tant que susceptibles de produire des institutions. Il est évident que les phénomènes qui rentrent dans la même classe ayant des caractères communs, ils se comporteront par rapport au Droit d'une façon non pas tout à fait semblable, mais relativement analogue. Ainsi il est vraisemblable que si un fait de race a eu une certaine importance dans l'élaboration du Droit d'autres de même nature doivent aussi en avoir. C'est une application un peu lâche, il est vrai, mais suffisante en pratique du principe que les mêmes causes produisent les mêmes effets.

Mais on ne peut faire résulter des classifications scientifiques elles-mêmes un rapport de causalité. On ne saurait dire que les faits biologiques actuels proviennent des faits biologiques antérieurs ; nos sentiments, notre intellectualité d'aujourd'hui de nos sentiments, et de notre intellectualité de la veille ; nos institutions présentes, des institutions du passé. Les semblables ne s'engendrent pas nécessairement, ne sont pas nécessairement causes les uns des autres. Ainsi ne saurait-on dire que les accidents de chemin de fer ou d'automobile proviennent des accidents de diligence de l'ancien temps ; que les apaches des boulevards extérieurs soient les descendants des brigands des Calabres. Il y a entre les diverses situations des similitudes de causes et des similitudes d'effets. On pourrait les grouper dans une étude causale ; ils n'ont entre eux aucune parenté réelle.

Pourtant, sur cette confusion des classifications naturelles

et des classifications génétiques, on a fondé, non par méprise mais par système, des méthodes entières. On a rattaché toutes les institutions du même type par un lien de causalité interne, notre notion de propriété serait causée par la même notion dans le passé ; il serait ainsi de toute entité sociale, juridique, économique. Chacune se développerait d'elle-même, par sa propre force d'évolution. Nous croyons au contraire que la cause et l'effet peuvent appartenir et appartiennent souvent à des classes scientifiques tout à fait différentes. La vente ou l'achat que je me propose de faire, les clauses peut-être nouvelles que j'insérerai dans l'acte proviendront de mon état psychologique, de l'état du marché, de la nature des choses que je voudrai vendre et acheter, plus que des contrats du même genre qui ont été conclus autrefois. Par suite, l'histoire du Droit ne m'apparaît pas comme une succession d'éléments juridiques qui se modifient peu à peu, mais comme une explication de chaque élément, par les causes qui la produisent à chaque période et qui pourront n'être pas les mêmes à la période suivante.

Une erreur encore plus grave dans l'application des classifications à l'interprétation causale consiste à instituer des classes de phénomènes qui par rapport à d'autres jouent toujours le rôle de cause et des classes qui ne peuvent être que les effets des premiers. Ainsi a-t-on dit que le moral est le produit du physique, que la pensée individuelle avait créé les institutions ou inversement que le groupement des hommes en cité était la cause de l'intelligence. Ainsi a-t-on expliqué l'histoire entière par les faits économiques. En réalité toutes les classes de phénomènes sont susceptibles de s'influencer réciproquement. Pour exprimer cette vérité, on a eu l'heureuse idée de remplacer le mot « cause » par « influence réciproque ». En les considérant en tant que classes, *in abstracto,* on ne saurait dire que le Droit est la cause des mœurs ou les mœurs la cause du Droit. Les deux choses vivent côte à côte, agissent et réagissent l'une sur l'autre, par influence réciproque.

Mais il n'est pas possible à un historien de parler ainsi, car il s'occupe du concret ; il doit analyser dans le temps cette

influence réciproque, la décomposer en une série de causes et d'effets. Chaque fait concret de la vie juridique peut être le produit de causes complexes ; il n'en est pas moins un effet de ce qui le précède, une cause de ce qui le suit. L'achat ou la vente de titres que je puis faire à la Bourse sera un effet des cours antérieurs et influera sur les cours postérieurs. *In abstracto,* il y a influence réciproque des opérations les unes sur les autres. Ce sera le point de vue du sociologue et de l'économiste. Pour l'historien, il y a une suite de causes et d'effets qui, si possible, devront être étudiés isolément.

L'histoire doit entreprendre une classification génétique des événements en tant que cause et effet, sans tenir compte de leur nature. Il existe dans la réalité objective des faits qui sont étrangers ; d'autres qui sont plus ou moins parents. La cause et l'effet sont dans un rapport de filiation immédiate. Deux effets qui dépendent d'une même cause concrète peuvent avoir entre eux une ressemblance naturelle, des caractères communs. L'auteur commun, la cause commune peut se trouver à deux, trois degrés ou même plus, sans que le lien de parenté soit effacé. Empruntons à Cournot un exemple pour en faire un usage un peu différent. Deux frères ont pris part au même combat et ont été tués par le même obus, les deux morts ont la même cause ; ils n'ont pas été tués par le même boulet, mais dans la même bataille, qui est ici la cause commune d'un degré plus éloigné ; non pas dans la même bataille, mais dans la même guerre : la cause commune s'éloigne encore. Elle s'éloignera de plus en plus si on suppose tour à tour qu'ils n'ont pas péri dans la même guerre, mais avaient une vocation commune pour la profession militaire ; qu'ils n'avaient pas cette vocation, mais ont été contraints par le même événement et ainsi de suite. Ainsi l'historien peut et doit établir des séries, des généalogies de faits de nature différente, unis par les liens de la parenté réelle et ayant un auteur commun.

On ne manquera pas d'objecter que cette étude est bien complexe, impossible même à réaliser d'une façon un peu

complète. C'est très juste ; il ne saurait être question de l'entreprendre qu'occasionnellement et d'une facon très rudimentaire. Mais quelle est l'utilité d'un travail de ce genre ou, pour parler comme Molière, de quoi est-ce que tout cela peut guérir ? Cela peut guérir de bien des maladies et notamment du vertige qui saisit l'homme le plus raisonnable lorsqu'il entend discuter sur les bons et les mauvais effets d'une loi. La pratique a d'ailleurs trouvé d'instinct la méthode que nous exposons, bien avant que la théorie ait pu en expliquer le mécanisme. On veut juger d'une loi ou d'une institution ; il faut juger de l'arbre par ses fruits ; mais où sont les fruits ? Elle a été suivie de faits heureux et de faits regrettables ; mais quels lui sont parents, quels lui sont étrangers ? Faut-il y voir des conséquences même du principe voulu par le législateur, une combinaison de ses principes avec les circonstances extérieures, ou le produit d'une cause accidentelle de nature tout à fait différente ? Il y aurait encore bien d'autres combinaisons à examiner : le fait incriminé peut n'avoir avec l'institution aucun rapport direct et être descendant d'une même cause. Si, par exemple, une dépression dans l'état moral d'un peuple engendrait à la fois des modifications dans l'institution du mariage et une recrudescence de la criminalité. La même méthode sert à apprécier les projets juridiques par l'étude des lois antérieures et de leur filiation causale.

Il vaut mieux qu'une telle recherche soit pratiquée par la science historique avant que les applications immédiates en soient même prévues.

§ 5. — **Causalisme et chronologie.** — L'effet est toujours postérieur à sa cause. On a nié qu'il en fût toujours ainsi dans le monde physique. En histoire, le principe est incontestable. Philosophiquement, il doit être immédiatement postérieur. Il ne saurait s'écouler un instant si court qu'on l'imagine, où aucun des deux phénomènes n'existerait. Les êtres ne peuvent pas plonger dans le néant pour en ressortir. Par suite, l'instant-cause et l'instant-effet sont des fractions infiniment pe-

tites que notre esprit ne peut concevoir. Notre intelligence conçoit les choses plus en gros; entre les deux choses qu'elle observe, elle laisse toute une zone neutre qu'habite un nombre incalculable de faits intermédiaires, véritables effets du phénomène créateur, véritables causes du phénomène produit. Entre l'absorption du poison et la mort une série d'états se succèdent pendant lesquels on pourrait intervenir par des moyens connus ou inconnus pour neutraliser l'effet du poison. Seul le dernier état est cause du décès et non pas le fait d'avoir avalé le toxique, puisque pratiquement on pouvait encore éviter le malheur. Dans le domaine juridique, entre le moment où les circonstances matérielles présentent une idée à la pensée humaine et celui où ce que nous relevons comme cause juridique influera sur la loi il faudra un temps très considérable. Une période intermédiaire est indispensable pour formuler le désir de réforme, le populariser, le discuter et enfin le transformer en loi.

Mais pour nous justifier de négliger les vraies causes et les vrais effets pour des causes lointaines et effets subséquents, il ne nous suffit pas d'invoquer notre impuissance. Une telle négligence n'est-elle pas de nature à altérer la vérité? Voilà ce qu'il convient de vérifier.

Nous pouvons négliger les états intermédiaires lorsqu'ils sont tous identiques en nature et en degré. De l'eau qui circule dans un conduit, je puis puiser indifféremment plus ou moins près de la source; l'électricité qui parcourt un fil est identique à l'arrivée comme au départ. Ainsi des sentiments et des pensées; certains sont en nous le lendemain ce qu'ils étaient la veille, se retrouvent dans mille cerveaux sous une forme à peu près semblables.

Physiquement et moralement on peut aussi immobiliser une partie de la cause pendant des intervalles considérables. Un fusil peut rester chargé des années entières sans perdre sa force de projection. Les textes de loi sont des forces qui peuvent attendre longtemps le moment d'agir, des causes permanentes qui guettent les individus qui passent à leur portée,

qui restent pour certains tout à fait indifférentes, travaillent au triomphe des uns, à la ruine des autres.

Cet état d'immobilité apparente que présentent certains phénomènes nous permet en histoire du Droit, de relier les causes aux effets à travers des distances considérables, de retrouver dans nos droit modernes les influences des droits romains, germains et féodaux; des diverses philosophies anciennes et récentes. Mais les états intermédiaires ne sont pas absolument neutres et doivent être surveillés.

§ 6. — **Histoire et causalité.** — L'histoire n'est-elle pas par rapport à la science des causes dans une situation fâcheuse? La complexité, la diversité, l'entrelacement de ses divers facteurs, la difficulté qu'elle a à se prêter aux méthodes artificielles d'abstraction et d'expérimentation ne doivent-ils pas décourager les plus intrépides chercheurs et leur faire apparaître comme impossible en pratique l'explication causale des événements?

Les historiens, devant le problème des causes, peuvent prendre et ont pris des attitudes diverses. Les uns ont renoncé à s'en occuper. Ils sont restés des narrateurs, des narrateurs scrupuleux, critiques, consacrant tout l'effort de leur logique et de leur science à établir jusque dans le plus petit détail des récits d'une authenticité inattaquable. Ce sont les vrais fondateurs de la science historique; on est saisi d'admiration devant les services qu'ils ont rendus, mais on se demande pourquoi ils les ont rendus, pourquoi ils ont travaillé, pourquoi ils travaillent puisqu'ils n'ont aucune conscience de l'utilité de leur travail.

Des penseurs plus audacieux le leur ont reproché. « Ces érudits, ont-ils dit, ne servent qu'à entasser des matériaux. Par eux-mêmes ils ne peuvent rien produire. A quoi nous sert de connaître la longue vie humaine si nous n'en retirons aucune expérience. L'expérience se formule en termes généraux applicables à un grand nombre des situations. Le but de l'histoire est d'établir de telles formules, utiles pour la direction

pratique de la vie future et la connaissance scientifique de l'évolution humaine. La complexité des causes ne doit pas effrayer. On peut étudier l'action des plus intéressantes, et négliger les autres. La recherche des causes fréquentes, générales, typiques est le but de l'histoire. A cette condition elle devient une science. »

Ce n'est pas mal raisonner. Mais se borner à l'étude des causes générales et fréquentes, serait méconnaître en quoi l'histoire peut nous être surtout précieuse, ignorer de parti pris ce qu'elle seule peut apporter à notre pensée et à notre logique.

Ce serait, à mon avis, un appauvrissement et un danger pour la science. L'histoire est la science qui tend avec le plus d'effort et sans trève à se rapprocher de la cause objective, c'est-à-dire de la réalité. La réalité ne connaît pas de causes générales ou ne les connaît qu'autant qu'elles ont participé au particulier. Il est légitime, fructueux, indispensable de généraliser. Le cerveau humain y est obligé pour embrasser une partie de la vérité qui ne soit pas trop étroite. Mais le but de la science est ce qui existe ou a existé objectivement et non ce qui n'existe que pour nous. L'individuel est la mine inépuisable de vérité parce qu'il se confond avec la réalité elle-même et nous arriverons à élargir notre savoir en observant la production d'un phénomène donné dans tous ses détails perceptibles, au moins autant que par l'abstraction et la généralisation.

La généralisation des causes est un procédé historique des plus fructueux. Mais il perd en « réalité » ce qu'il gagne en « généralité » et ne saurait constituer qu'une forme transitoire.

Le profond ouvrage de sociologie de notre éminent confrère Pareto en fournit un exemple typique. Les conceptions de Tite-Live — de l'historien naïf, pourrait-on dire — sur les causes historiques y sont nettement opposées aux conceptions de la science moderne. Comment expliquer qu'à un moment de l'histoire romaine, les plébeiens ont acquis le droit aux

honneurs réservé jusque-là aux patriciens ? Tite-Live y voit l'effet d'une petite cause toute individuelle, la rivalité de deux sœurs mariées l'une à un plébeien, l'autre à un patricien. L'historien moderne sourit de l'anecdote ; en la supposant exacte, elle n'expliquerait rien. Ce n'est pas pour plaire à une femme jalouse qu'un peuple va changer son Droit. Cette disparition graduelle des privilèges des classes supérieures sous la poussée des classes inférieures se rencontre dans bien d'autres civilisations et l'on ne peut pourtant pas imaginer qu'il y ait eu partout des sœurs rivales pour la motiver. La cause de l'évènement est une cause générale ; on peut la formuler en ces termes : mouvement ascentionnel des élites, qui transforme les vieilles aristocraties.

Admettons l'authenticité des deux explications, que le récit de Tite-Live soit exact et la théorie moderne des élites également exacte. L'un n'empêche pas l'autre. Quelle est la valeur causale de chacune d'elles ?

L'explication moderne est plus fructueuse, elle s'adapte à un nombre de situations beaucoup plus considérables. Nous voyons très souvent dans l'histoire des élites se succéder et très rarement des sœurs en se disputant causer des transformations politiques. Elle est plus complète car la force ascentionnelle des élites peut synthétiser un nombre indéterminé de petites forces particulières, tandis que le récit latin ne s'atache qu'à l'une d'elles, une seule vanité froissée dont on exagère la puissance. Il a fallu une multitude de jalousies exaspérées unies à d'autres phénomènes psychologiques divers pour produire l'effet en question. Mais la cause chez l'historien moderne est moins réelle, plus subjective, la cause de Tite-Live plus réelle, plus objective. Sur ce point tout spécial, je ne saurais partager l'avis de mon illustre collègue qui représente d'ailleurs l'opinion dominante. Car un « mouvement ascentionnel » est une abstraction. Et une abstraction ne peut pas jalouser sa sœur, se plaindre à son père d'être humiliée, l'exciter à agir, pas plus que descendre au forum, relever les injustices de la loi, intriguer, faire espérer au peuple l'abolition des dettes, intimider les patriciens. Il a bien fallu pourtant que

ces actes ou d'autres analogues soient accomplis pour que les plébeiens parvinsent aux honneurs. La fille et le gendre de Fabius Ambustus, aidés de celui-ci, étaient en état de le faire et, s'ils ne l'ont pas fait, il a fallu d'autres hommes ou femmes en chair et en os pour agir à leur place.

D'ailleurs l'école moderne, malgré son peu de goût pour les anecdotes, ne nie pas que la cause abstraite et générale ne soit un composé de causes concrètes et particulières, mais elle prétend que parmi les faits concrets qui ont précédé un évènement, il en est qui se représentent avec la même forme dans toutes les situations semblables et qui par suite sont importants, qu'il en est d'autres particuliers à chaque situation et sans importance. A tous changements d'élite, qu'ils aient eu lieu dans l'antiquité ou de nos jours, doivent correspondre certains faits concrets de même nature. En les qualifiant de « mouvement ascentionnel » nous les isolons. Nous avons séparé le bon grain de l'ivraie.

En réalité par notre acte d'abstraction, nous avons manifesté le désir d'opérer ce triage, mais nous ne l'avons pas fait. Il faudrait, pour le faire, connaître quels phénomènes psychologiques ou biologiques concrets font partie de la cause qui dans tous les peuples font tomber les classes supérieures sous l'effort venu d'en bas. Nous ne les connaissons pas ou du moins on a le droit de parler de « l'ascension des élites » sans les connaître. Nous avons mis une étiquette à des faits réels mais ignorés et que nous nous résignons à ignorer. C'est une opération essentiellement subjective.

Admettons encore que ce terme « ascension des élites » nous représente des notions psychologiques et biologiques parfaitement définies : corruption des aristocraties par les plaisirs, dégénérescence par manque de sélection. Ces notions un peu moins vagues seraient toujours de l'abstraction et non de la réalité, de la vie. La cause réelle ne peut pas exister sans des disputes de femmes ou d'hommes, des émeutes, des insultes, des harangues, tout ce que Tite-Live aimait tant, tout ce que les modernes croient devoir éliminer. Ces derniers font œuvre scientifique, mais essentiellement irréelle.

Ce n'est pas un reproche à leur faire. L'étude des causes générales a rendu et rendra des grands services à l'histoire. Elle est tout artificielle et n'a aucune utilité pour la science des causes.

Ce n'est pas une raison pour retourner à Tite-Live. Il faut poursuivre l'étude de l'individuel non en deçà, mais au-delà des méthodes générales. La notion de cause et d'effet est loin d'être très claire pour la philosophie générale. Nous l'avons atteint par l'expérience ; est-ce qu'une expérience plus prolongée ne nous en donnera pas une notion plus claire ? A ce titre, l'histoire, en étudiant la cause dans ce qu'elle a de plus objectif, peut espérer rendre des services à la philosophie même.

Seule l'histoire peut nous apprendre, par exemple, comment s'associent ces molécules de causes pour produire un grand événement, comment l'une d'elles peut prendre parfois la direction et, quoique de sa nature semblable aux autres, jouer un rôle tout différent.

On a abusé en rhétorique de « la goutte d'eau qui fait déborder le vase » sans trop se rendre compte du rôle exact de cette goutte d'eau. Elle tombe au moment où le vase est déjà trop plein ; l'eau est au-dessus des bords et ne se maintient plus que par l'attraction moléculaire. La position est encore tenable, mais est à son maximum de tension. Pour la nouvelle venue, il n'y a plus de place, elle déverse ; mais l'énergie générale est détruite par son exemple et son entraînement. L'effort, la tolérance, le désir de paix, le respect de la tradition, qui auraient pu bien longtemps encore maintenir l'équilibre, cèdent ; le vase déborde de son excès et tout rentre dans les limites du droit strict. Tel est bien un des cas où une petite cause produit un grand effet dans la vie humaine et l'histoire des institutions. Ce n'est pas le seul ; il en est de plus fréquents et de plus tragiques, où le vase ne déborde pas, mais est renversé, car l'âme humaine conserve rarement l'impassibilité et la stricte justice d'un vase immobile.

L'histoire anecdotique — le roman lui-même — n'aurait jamais suscité le moindre intérêt, n'eût jamais été écrite, si

l'homme ne s'était intéressé d'instinct aux multiples façons d'agir des petites causes. Scientifiquement, je ne crois pas qu'il ait tort.

§ 7. — **La Cause et l'Origine dans l'histoire des Institutions.** — Il y a en histoire des faits relativement simples dont il est facile d'observer la naissance et le développement ; il en est de beaucoup plus obscurs et de plus complexes ; telles sont les Coutumes, les Institutions, les Lois qui se forment lentement sous des influences qu'il est impossible de préciser. Par suite, ce serait surtout l'historien du Droit, qui devrait se garder du mirage de l'explication causale et se borner à exposer les lois dans leur ordre, à en développer le sens juridique. Bien loin de les rapprocher du milieu physique, économique et social, il devrait éviter tout aperçu de ce genre ; pour qui renonce à la recherche des causes et des effets, de tels rapprochements ne sont que des digressions inopportunes. Pour toute spéculation philosophique, il devrait passer la main à la sociologie historique qui, au moyen des documents recueillis et interprétés, recherche non pas la cause de telle institution à tel moment de l'histoire, mais les relations générales qui peuvent exister à toute époque entre la science juridique et les autres éléments de la civilisation. La différence entre la sociologie basée sur l'histoire et l'histoire du Droit paraît être que celle-ci veut aboutir à la connaissance des causes individuelles de chaque fait juridique et celle-là à des causes schématiques et générales. Faut-il comme certains le veulent, renoncer à cette première recherche ?

La cause individuelle historique n'est pas plus difficile à trouver que la cause sociologique générale. Sans doute, sans faire des emprunts à d'autres sciences, l'histoire n'expliquerait jamais rien par elle-même. On pourrait observer la poudre pendant cent ans sans deviner comment on la fabrique et qu'elle est susceptible d'explosion. On pourrait suivre le Droit minutieusement à travers les siècles sans savoir d'où il vient et ce qu'il fait. Même l'histoire générale où nous ver-

rions évoluer ensemble les divers éléments de la civilisation, pour si complète qu'on la suppose, ne nous donnerait que des rapports de causalité très incertains.

L'histoire, pour être fructueuse, doit s'appuyer sur une science causale, une étude des groupes de cause d'après leur influence réciproque. Pour l'histoire du Droit, il convient de savoir quelles choses agissent sur le Droit et comment elles agissent.

La sociologie aidera à le comprendre, mais n'y suffira pas à elle toute seule. C'est un travail spécial que d'appliquer au concret les formules abstraites qu'elle peut fournir.

L'histoire du droit a son rôle spécial dans la philosophie et ses causes ; elle a sa méthode spéciale.

La base de la méthode d'une science est dans le degré de subjectivité qu'elle fait subir à la cause objective. A ce point de vue, l'histoire du Droit se trouve placée entre l'histoire et la sociologie.

Le sociologue ne prend dans la cause objective que ce qu'il traduit en formule abstraite, l'historien étudie toute la cause objective et l'historien-juriste ce qui a laissé son empreinte dans le Droit.

Prenons un exemple : C'est à l'énergie de Napoléon Ier qu'est due la rédaction et la promulgation en son temps du Code civil. L'histoire ne peut négliger les actes d'autorité qu'il fit en la circonstance. Ils n'intéressent l'histoire du Droit que si l'empereur a influé sur le texte même, a fait admettre certaines dispositions, écarter d'autres. Le sociologue ne s'occupera de cette influence accidentelle dans aucun cas. Il étudie la codification en elle-même, qu'elle ait eu lieu en France sous Napoléon Ier ou en Allemagne sous Guillaume II. Les causes communes et les effets communs des deux phénomènes ont seuls pour lui de l'intérêt.

Le sociologue fait des classifications naturelles de causes, l'historien des classifications génétiques et l'historien du droit doit employer les unes et les autres. Il doit, d'une part, grouper les diverses circonstances qui, dans un pays, ont produit

la féodalité ou tout autre institution, et, d'autre part, les institutions présentant des traits de ressemblance, quelles qu'en aient été les causes.

Mais la sociologie se rapproche davantage de la cause objective en ce qui concerne l'identification de la cause et de l'effet. Raisonnant sur des notions abstraites qu'elle peut analyser et simplifier à son gré, elle peut mieux nous montrer comment ce qui nous paraît multiple est pourtant identique, comment certaines institutions, par exemple, ne sont au fond que de l'intérêt affectant des formes diverses. L'historien, s'occupant de faits plus complexes, n'arrivera jamais à découvrir aussi nettement en quoi le phénomène père ressemble au phénomène fils et l'historien du Droit ne s'en occupera même pas.

On pourrait pousser plus loin le parallèle si la recherche des causes en histoire du Droit ne paraissait pas suffisamment justifiée.

Il faut avouer qu'en pratique, sur les causes et l'origine des institutions, on discute à perte de vue, et les discussions restent bien stériles. Cela tient en grande partie, selon moi, à cette confusion entre la cause objective et subjective. Objectivement, tout ce qui a contribué à former l'institution fait partie de la cause au même titre. Subjectivement, on peut se placer à des points de vue très différents.

On observe des coutumes, des institutions, des habitudes juridiques qui ont persisté sans changement appréciable pendant des siècles et qui, brusquement, sous une influence de nature étrangère, se transforment très sensiblement. Où est la cause de l'institution nouvelle ? Bien sûr, dira-t-on, c'est l'élément nouveau, qui a été actif, a transformé à sa guise l'élément ancien. Par suite, le rôle social du Droit en est la véritable cause, la cause efficiente. La vraie cause de la féodalité est dans la nécessité de constituer une cavalerie, à l'exemple des Arabes. Les institutions préexistantes ont servi uniquement à trouver le procédé technique pour obtenir le résultat voulu.

On peut avec tout autant de raison affirmer que la cause

d'une institution est dans celle qui l'a immédiatement précédée. Au moment de la transformation militaire en question, le régime des terres, la condition des personnes, le lien qui rattache le moins puissant au plus puissant affectent une forme spéciale sous la pression des nécessités de la défense. Mais l'état social n'a pas changé brusquement ; les idées juridiques, la culture économique ne sont pas très différentes d'un moment à l'autre, et, dans un très grand nombre de détails, l'institution du jour reproduit celle de la veille. Ne faut-il pas en conclure que c'est la même institution, modifiée en quelques-uns de ses éléments ? La vraie cause de mon individualité d'aujourd'hui est mon individualité d'hier, alors même que je ne porterais plus les mêmes vêtements.

Les deux systèmes opposés sont incomplets. Peut-on dire qu'ils se complètent l'un par l'autre ? Ce serait encore de l'ambition. Un phénomène aussi complexe que la féodalité a une cause extraordinairement complexe. On peut l'envisager sous un nombre infini d'aspects. Toutes les théories sur l'origine de la féodalité peuvent être également vraies et on pourrait en formuler d'autres qui le seraient aussi.

En réalité, la féodalité n'a pas de cause, pour la bonne raison qu'elle n'existe pas. Il existe des institutions féodales ayant chacune des causes spéciales, ou plutôt une infinité de faits féodaux : contrats, usages, extensions d'usage, lois. Chacun de ces faits a réellement une cause. On peut parler de causes de la féodalité, mais cette expression sera essentiellement schématique et ne peut servir de base à une discussion. Autant vaudrait discuter lequel parmi des dessins faits par des enfants de cinq ans ressemble vraiment à un homme en chair et en os.

Plus nous analyserons les institutions, plus nous pourrons espérer approcher la cause objective. Ainsi le régime matrimonial de la communauté entre époux est déjà quelque chose de plus précis que la féodalité. La question de ses origines est obscure, probablement même insoluble, parce qu'on réunit sous un seul vocable des notions diverses : participation de la

femme au gain, association entre époux, facilité de liquidation des biens mélangés, transformation d'un gain de survie en un droit dont profiteront les parents de la femme. Toutes ces idées coexistent dans la communauté conjugale, constituent autant de buts sociaux ayant chacun ses causes particulières.

La recherche des causes en histoire du Droit doit être essentiellement analytique.

LITTÉRATURE SUR LA NOTION DE CAUSE

Boutroux : *De la contingence des lois de la nature,* p. 21 : « Le sens précis du principe de causalité dans son application à l'étude d'un monde donné est celui-ci : Tout changement survenant dans les choses est lié invariablement à un autre changement, comme à une condition, et non pas à un changement quelconque, mais à un changement déterminé, tel qu'il n'y ait jamais plus dans le conditionné que dans la condition ».

Id. p. 22 : « On ne peut donc dire que le principe de causalité qui régit la science soit une loi dictée par l'esprit aux choses ».

« ...Ne s'ensuit-il pas que le principe de la liaison nécessaire des phénomènes mérite toute confiance au point de vue pratique, et est, même au point de vue théorique, plus vraisemblable que son contraire. »

Andreæ Alciati : *Emblemata. Emb.* 47 : « Abdita in arcanis naturae est caussa ».

Alb. de Rosciate. *Vocabularium v. Causa :* « Causa quadruplex est scilicet : materialis, formalis, efficiens et finalis, ad quam materialem reducitur et materialis dispositio, quæ non est causa simpliciter sed secundum quid. Et secundum hec quatuor genera causarum, dicitur aliquis propter aliquod diligendum ; secundum genus causæ finalis, sicut dicimus diligendum hominem propter virtutem ; quod si virtute formaliter bonus est, et per consequens diligendum ; secundum causam efficientem, sicut diligimus aliquos in quantum sunt filii talis patris. Secundum autem dispositionem quæ reducitur ad genus causæ materialis, dicimus ali-

quid diligere propter id quod nos disponit ad ejus dilectionem, puta propter aliqua beneficia suscepta ; quamvis postquam amare incipimus, non propter illa beneficia amemus amicum sed propter ejus virtutem ».

Claude Bernard : « L'obscure notion de cause doit être reportée à l'origine des choses : elle n'a de sens que celui de cause première ou de cause finale ; elle doit faire place dans la science à la notion de rapport ou de condition ».

Berr. *De l'Avenir de la philosophie*, p. 360 : « La causalité au regard de l'esprit, c'est la permanence ; au regard des sens, c'est le changement. Chercher parmi le changeant la causalité, c'est préciser le rapport de ce qui est apparu avec ce qui apparaît, mais non expliquer comment il apparaît de nouveau ».

Xénopol. *Principes fondamentaux de l'histoire* : « Les sciences des phénomènes successifs de l'esprit établissent avec plus de difficulté la conformité à la réalité, mais que le champ de la causalité est très étendu et que cette causalité est directement perçue par l'intelligence ».

La causalité dans la succession. Revue de synt. hist., t. VIII, p. 274 : « Pour trouver la cause d'un phénomène, il faut tâcher de pénétrer dans le secret de sa genèse ; ce n'est que la découverte de ce secret qui contente l'esprit et soulève un coin du voile de l'inconnu qui plane sur toutes les connaissances humaines ; car ce n'est qu'alors que l'on peut dire que l'on a saisi la cause du phénomène ».

Fr. Bacon. *De dignit. et augm. scient.* Trad. Lasalle, T. II, p. 38 : « Dans toutes choses, l'*histoire naturelle* se contente de bien observer le fait et de le rapporter ; mais la physique cherche de plus les causes, ce qui doit s'entendre que des causes variables, c'est-à-dire de la matière et de l'efficient ».

Id. p. 80 : « Quant à la métaphysique nous lui avons attribué la recherche des causes formelles et finales ; attribution qui peut sembler inutile quant aux formes. Car il est une opinion accréditée et désormais invétérée, qui fait croire qu'il n'est point d'industrie humaine suffisante pour découvrir les formes essentielles, ou les vraies différences des choses ; opinion qui nous donne beaucoup, en nous accordant du moins que, de toutes les parties de la science, l'invention des formes est celle qui mérite le plus nos recherches, en supposant que cette découverte soit possible ».

Hume. *Essais philosophiques sur l'entendement humain*. Trad. Amsterdam, 1758, T. I, p. 77 : « Les raisonnements que nous formons sur les choses de fait paraissent avoir tous pour fondement

la relation qui a lieu entre les causes et les effets. Elle est, en effet, la seule qui puisse nous transporter au-delà de l'évidence qui accompagne les sens et la mémoire ».

Id. p. 79 : « Je hasarderai ici une proposition que je crois générale et sans exception ; c'est qu'il n'y a pas un seul cas assignable où la connaissance du rapport qui est entre la cause et l'effet puisse être obtenue *a priori ;* mais qu'au contraire cette connaissance est due à l'expérience, qui nous montre certains objets dans une liaison constante ».

Th. Ribot. *Les idées générales,* p. 203 : « On a fait remarquer que le mot cause signifie quelquefois un antécédent, quelquefois un processus, quelquefois l'antécédent, le processus et l'effet produit, tous les trois ensemble. Ce dernier sens est seul complet ».

A. Rey. *Leçons élémentaires de philosophie,* p. 312 : « Le rapport de causalité tend donc à assimiler ces deux termes primitivement séparés dans la conscience, à montrer un passage naturel du premier au second, à devenir, en un mot, un rapport d'identité ».

Durkheim. *Les règles de la méthode sociologique,* p. 173 : « Tout ce que (la sociologie) demande qu'on lui accorde, c'est que le principe de causalité s'applique aux phénomènes sociaux. Encore ce principe est-il posé par elle, non comme une nécessité rationnelle, mais seulement comme un postulat empirique, produit d'une induction légitime. Puisque la loi de causalité a été vérifiée dans les autres règnes de la nature... on est en droit d'admettre qu'elle est également vraie du monde social... Mais la question de savoir si la nature du lien causal exclut toute contingence n'est pas tranchée pour cela ».

Pareto. *Les systèmes socialistes,* T. I, p. 81 : « Les caractères des individus ne sont pas la cause qui détermine le caractère du système gouvernemental, et celui-ci n'est pas non plus la cause qui détermine les caractères des individus, mais il y a entre les deux choses une correspondance nécessaire ; il s'établit un état d'équilibre entre des forces qui agissent et réagissent les unes sur les autres. Il faut bien comprendre cela, non seulement en ce cas particulier, mais en général. Ce point est absolument fondamental pour l'étude des sciences sociales ». V. du même auteur, *Cours d'économie politique,* § 591-600.

Cournot. *Considérations... etc...* T. I, p. 51 : « ...il y a des séries solidaires qui s'influencent les unes les autres, et des séries indépendantes, c'est-à-dire qui se développent parallèlement ou consécutivement, sans avoir les unes sur les autres la moindre

influence ou (ce qui reviendrait au même pour nous) sans exercer, les unes sur les autres, une influence qui puisse se manifester par des effets appréciables ».

Roberto Ardigó. *Pietro Pomponazzi*. p. 13. «Giorgio Stephenson, il celebre ingegnere inglese che a fatto costruire la prima locomotiva, stando un giorno a guardare la lunga fila dei carri che, trascinati dalla sua macchina sulle rotaie di ferro....., diceva ad un suo amico, che era con lui : ció che imprime il movimento a tutto questo convoglio non è che la luce del sole. Egli aveva ragione. .....

» ... Ma egli avrebbe detto una cosa ancor più mirabile e più vera, se di quel fatto grandioso...... avesse additato un'altra causa ; una causa encor più remota e, in apparenza, troppo tenue per tanto effetto, vale a dire il semplice pensiero di un uomo. »

A. Rey. *Leçons de psychologie*, p. 307 : « ...lorsqu'au début on connaît fort mal les faits et que l'on donne des définitions fondées sur des apparences beaucoup plus que sur leur essence réelle, on dit que la classification résultante est *artificielle*... Ce n'est qu'à mesure que l'on connaît de mieux en mieux les faits que la classification devient de plus en plus *naturelle*, puis enfin *génétique*, lorsqu'elle retrace la façon dont les faits se déterminent les uns les autres dans la nature... »

Tarde. *Les lois sociales*, p. 10 : « L'histoire, nous le savons, ne devient une science, que dans la mesure où les rapports de causalité qu'elle nous signale apparaissent comme établis entre une cause générale susceptible de répétition ou se répétant en fait et un effet général non moins répété ou susceptible de l'être ».

Pareto. *Les systèmes socialistes*, T. I, p. 15 : « En général, il y a toujours lieu de distinguer entre le phénomène objectif concret et la forme sous laquelle notre esprit le perçoit, forme qui constitue un autre phénomène que l'on peut nommer subjectif. Pour éclaircir la chose par un exemple vulgaire, l'immersion d'un bâton dans l'eau est le phénomène objectif ; nous voyons ce bâton comme s'il était brisé et, si nous ne connaissons pas notre erreur, nous le décrivons comme tel ; c'est le phénomène subjectif.

» Tite-Live voit brisé un bâton qui était droit dans la réalité lorsqu'il rapporte une anecdote pour expliquer certains faits qui marquèrent l'avènement au pouvoir des familles plébéiennes. Il advint, dit-il, un léger événement qui, comme cela arrive souvent, eut de graves conséquences. La jalousie entre les deux filles de M. Fabius Ambustus, mariées l'une à un patricien, l'autre à un plébéien, eut pour effet de faire acquérir aux plébéiens les honneurs dont jusque-là ils avaient été privés. Mais la raison des historiens moder-

nes redresse le bâton. Niebuhr est un des premiers qui ait bien compris le mouvement ascensionnel de la nouvelle élite à Rome. »

Durkheim. *Division du travail social,* XXXVIII : « Il n'est plus aujourd'hui possible de croire que l'évolution morale consiste dans le développement d'une même idée qui, confuse et indécise chez l'homme primitif s'éclaire et se précise peu à peu par le progrès spontané des lumières ».

La méthode sociologique, 135 : « La cause déterminante d'un fait social doit être cherché parmi les faits sociaux antécédents, et non parmi les états de la conscience individuelle ». V. Contra Xénopol, op. cit.

Roguin. *Traité de droit civil comparé. Le régime matrimonial,* p. 300 : « La question d'origine de la communauté est obscurcie en particulier par l'erreur consistant à confondre la ou les causes sociales de la formation d'une institution avec le procédé technique dont on s'est servi pour la constituer ».

CHAPITRE II

Biologie et Droit.

BIBLIOGRAPHIE. — Herbert Spencer, *Principes de sociologie*, L. II ; — Worms, *Organisme et société* ; — Paul de Lilienfeld, *Gedanken über die Sozialwissenschaft der Zukunft ; La Pathologie sociale* ; — F. Kraus, *Der Völkertod*, 1903 ; — Novicow, *Conscience et volonté sociale* ; — Schäffle, *Bau und Leben des sozialen Körpers ; Abriss der Soziologie*, 1906.

Hæckel, *Glaubensbekenntniss eines Naturforschers*, 1902 ; *Die Welträthsel. Gemeinverständlische Studien über monistische Philosophie*. Constitution du *deutsche Monistenbund*, dans la *Wochenschrift für öffentliches Leben, Litteratur und Kunst* ; — *Freien Glocken, Wochenschrift zur Förderung der monistischen Vernunftreligion* ; — *Der Kampf um die Entwiklungsgedanken*, 1905.

Littérature du Concours d'Iéna, entre autres : Schallmayer, *Vererbung und Auslese* ; — Kuhlenbeck, *Natürliche Grundlagen des Rechts und der Politik* ; — Woltmann, *Politische Anthropologie* ; — Matzat : *Philosophie der Anpassung* ; — Dr B. Rawitz, *Urgeschichte, Geschichte und Politik*.

Politische-anthropologische Revue.

Otto Ammon, *L'Ordre social* ; — Dr P. Jacoby, *Etudes sur la sélection chez l'homme*, 1904 ; — de Lapouge, *Les Sélections sociales* ; — Espinas, *Postulat de la Sociologie. Revue philosoph.*, 1901, I, p. 449 ; — Bourdeau, *Les problèmes de la vie* ; — Bagehot, *Lois scientifiques du développement des nations* ; — Goblot, *Essai sur la classification des sciences*, 1898.

G. d'Aguanno : *La Genesi e l'evoluzione del diritto civile*, 1894 ; — Cogliolo : *Essai sur l'évolution du droit privé. La théorie de l'évolution darwiniste dans le droit privé* ; — Letourneau, *Evolution juridique* ; — Hartmann, *Die historische Entwickelung*.

Fouillée, *Le mouvement positiviste et la conception sociologique du monde*, 1898 ; — Grasset, *Les limites de la biologie*, 2me édit., 1903 ; — Bouglé, *La sociologie biologique et le régime des*

castes, Revue philos., 1900; *Le procès de la biosociologie, Revue phil.*, 1901, II, p. 121; *La démocratie devant la science*, 1904; — P. Lacombe, *Nature et humanité, Revue de synt. hist.*, T. XI, p. 15; — Magri, *le basi organiche dello stato et della democrazia.*

« De la nature qui est déjà une histoire, on peut passer sans hiatus à l'histoire humaine où se prolonge la nature. » L'affirmation n'est pas téméraire. La grande histoire de la vie a commencé avant l'humanité et se continue en elle. Les destinées de l'homme furent sans doute particulières, mais il doit aux évolutions antérieures sa prospérité. Encore maintenant, et toujours dans l'avenir, sa psychologie, sa morale, ses mœurs dépendent et dépendront en partie des mêmes causes physiologiques qui agissent sur les autres êtres vivants. La biologie est indispensable à l'étude de l'homme primitif, de nos institutions originaires et de l'humanité contemporaine et civilisée.

Il existe un assez grand nombre de phénomènes biologiques qui sont causes de faits juridiques; mais les faits juridiques ne sont pas par leur nature des phénomènes biologiques. Chacune de ces deux propositions a été, est encore méconnue par certains groupes de sociologues modernes.

La plupart de ceux qui ont voulu fondre la sociologie et le Droit dans la science des êtres vivants, sans tenir compte que celle-ci s'occupe de choses matérielles et celle-là de choses immatérielles, y ont été conduits par une conception monistique de l'univers.

Il serait très joli comme effet esthétique et très commode pour l'esprit que l'univers formât un tout harmonique obéissant aux mêmes lois et compréhensible par les mêmes méthodes. Les idées générales sont des idées généreuses, a-t-on dit. Ceux qui ont cru trouver dans la nature vivante et même dans la nature morte les lois de la pensée morale ne sont pas à blâmer. Ils le sont d'autant moins qu'ils ont peut-être raison. Leur croyance n'est pas dénuée de vraisemblance, si l'on veut même de probabilités. Mais c'est une croyance métaphysique,

plutôt encore religieuse quoique panthéiste ou matérialiste. Elle résulte non de l'observation des faits, mais d'un besoin général qu'a l'humanité de remonter par un acte de foi aux causes premières que la logique ne saurait atteindre.

La période héroïque de la socio-biologie est d'ailleurs passée. On a abandonné les belles exagérations d'autrefois. On évite de dire que la société est un « animal » ; on dit « organisme », ou même « super-organisme » ce qui n'est plus compromettant. On ne s'occupe plus guère d'anatomie et d'histologie sociale. On reconnaît dans les faits sociaux et moraux des faits d'une nature spéciale ; de la vie qui se présente à nous sous une forme plus complexe et qui a besoin d'être observée par des méthodes appropriées. Mais par simple observation, sans affirmation *a priori* de l'unité de la science, ne peut-on relever des phénomènes qui se présentent avec les mêmes caractères dans le monde moral juridique et dans le monde de la vie animale. La ressemblance, l'identité est telle que nous devons employer le même vocabulaire pour les désigner. Ainsi des minéraux, des végétaux, des animaux, des hommes sont également susceptibles de « s'associer ». Les termes différenciation, adaptation, lutte pour la vie, parasitisme, division du travail... peuvent convenir à certains états de la pensée humaine ou à des actes de la vie matérielle. Dans la liste des substantifs verbaux, beaucoup indiquent ainsi des processus à la fois biologiques et moraux.

Il est certain que le seul fait qu'un même terme convient à divèrs phénomènes prouve qu'ils ont tous un élément semblable. Cette similitude est en grande partie purement subjective et n'est bien souvent qu'une question de mots. La preuve en est dans la difficulté avec lequelle on peut lorsqu'on fait de tels rapprochements se maintenir sur un terrain précis.

L'éloquente conférence que le professeur Gide donna récemment à Lausanne sur le *parasitisme social*, ne m'a pas fait changer d'idées à cet égard. Il en vint, si mes souvenirs sont exacts, à donner du « parasite » une définition d'une ampleur exagérée. Quiconque ne remplissait pas exactement tous ses

devoirs sociaux, se procurait un avantage au détriment d'autrui, tombait dans cette catégorie. Celui qui ayant flâné tout le matin achetait un journal et allait dîner au restaurant était le parasite du marchand de journaux et du restaurateur chez qui il prenait son repas, car ceux-ci avaient travaillé lorsque lui ne faisait rien, pour lui fournir de quoi vivre. Or les restaurateurs, les meilleurs juges en la matière, ne pensent guère ainsi et se préoccupent peu de ce qu'ont fait leurs clients. Le paradoxe était précisément dû à l'emploi du même vocabulaire dans des domaines différents, à l'assimilation de situation qui ne sont pas absolument les mêmes. Au lieu de faire de la synthèse sous une expression équivoque, il vaudrait mieux avoir recours à la méthode analytique, qui amènerait à distinguer plusieurs sortes de parasitisme social et moral. L'héritier qui dépense largement sa fortune n'est le parasite d'aucun de ceux qu'il paie. Cela est plus que certain. Mais n'est-il pas parasite de sa famille ou de la société? Telle est la vraie question.

Je ne dis pas qu'il soit défendu de faire des rapprochements entre notions biologiques et morales caractérisées par le même terme, à condition de préciser ce que l'on veut en tirer. Sans doute, la cuscute qui plonge ses suçoirs dans la tige du trèfle, le chevalier d'industrie qui exploite la naïveté du public et le viveur qui dépense l'héritage de son père sont dans une situation analogue. Mais y a-t-il un élément réellement commun dans la cause de ces divers phénomènes, une certaine tendance de tout être, vivant dans certaines conditions, à économiser son propre effort et à faire dépendre sa propre existence du travail d'autrui? Je ne sais pas sur quoi on se baserait pour l'affirmer. D'une similitude d'apparence nous ne pouvons pas conclure à une identité de nature.

Est-il ensuite d'une bonne méthode d'utiliser ces similitudes dans l'étude des phénomènes? de conclure des caractères du parasitisme biologique aux caractères du parasitisme social? M. Gide prit soin d'en signaler le danger. D'après lui, l'un profite à l'exploitant tandis que l'autre en entraîne la déchéance.

On peut toutefois chercher là comme ailleurs à se fournir d'hypothèses.

Nous ne demandons donc nullement à la biologie des analogies plus ou moins symboliques pour l'interprétation de l'histoire des institutions. Qu'on retrouve dans les divers domaines le processus de la division du travail ou tout autre du même genre, cela nous est tout à fait indifférent. Nous n'en pouvons tirer de conséquence pratique ni philosophique. Au contraire, les réalités biologiques, auxquelles l'homme reste soumis en tant qu'animal, s'imposent à notre méthode, si elles ont quelque influence sur la formation du Droit.

De ces phénomènes qui agissent d'une façon matériellement identique chez l'homme et chez les animaux, on peut indiquer trois grandes classes : Le froid, le chaud, l'abondance, la disette, la nature des aliments influent également sur tous les êtres vivants. La reproduction s'y fait suivant les mêmes lois : hérédité, transmission des caractères essentiels ou accidentels, effet du mélange de sang, importance de la race. Et enfin l'histoire humaine comme l'histoire animale est faite de l'élimination continuelle de certains individus et de certains groupes par les maladies — et pour les hommes — les crimes, les guerres internationales ou civiles.

Mais ces faits biologiques ont-ils une influence sociale et psychologique ? une sociologie et par suite une histoire du Droit, doit-elle en tenir compte ?

On l'a contesté plus ou moins expressément ; d'une façon absolue en ce qui concerne l'hérédité et la race, plus indirectement pour les autres questions. Trois sortes de tendances intellectuelles portent à écarter l'influence biologique, l'assimilation de l'homme aux animaux, même dans les faits matériels que nous avons indiqués.

L'idéalisme voit dans l'homme un être essentiellement intellectuel, libre et moral. Sa vie psychologique est à peu près affranchie du joug physiologique. Le monde des idées est indépendant de la constitution physique ; il est ouvert à tous ceux qui veulent le mériter par un peu d'effort. Tous les

hommes se valent, ont plus ou moins les mêmes prédispositions naturelles. Sans doute, ils peuvent devoir quelque chose à la race, aux ancêtres immédiats bien peu de chose, car ils ont le pouvoir de comprendre le bien et de réagir contre leur tempérament. Les institutions sont établies en vue d'un idéal ; particulièrement le juge ou le législateur sont libérés de toute pression physique. Ces idées ne sont pas aussi démodées qu'on pourrait le croire. Des considérations morales ou politiques les ont maintenues dans la science. Ainsi en est-on arrivé à soutenir tout récemment que les influences biologiques avaient cette propriété essentiellement bizarre de maintenir les hommes unis sans pouvoir jamais travailler à les séparer.

L'école Durkheim n'a pas les mêmes illusions sur les individus humains. En tant qu'individu, chacun dépend de son hérédité et en supporte les conséquences. Mais le Droit, pas plus qu'aucun autre fait social, n'est individuel. Il est le produit du groupe. La pensée qui émane du groupe est libérée de l'influence physiologique, puisqu'elle émane d'autres pensées et non d'un corps organique. Par suite, la race n'a aucune influence sur les Institutions. Des blancs, des jaunes ou des nègres au même degré de développement, placés dans les mêmes conditions, reproduiraient exactement le même Droit, tout en restant, dans leur psychologie privée, des blancs, des jaunes et des nègres.

Enfin une troisième classe d'écrivains négligent le facteur biologique en histoire, parce qu'il serait trop compliqué d'en tenir compte. Les races notamment sont tellement mélangées qu'il est impossible de reconstituer leur filiation même de loin, et leurs caractères psychologiques sont si peu apparents qu'aucune méthode ne nous permet de l'établir d'une façon un peu précise. Toutes les tentatives faites en ce sens ont été infructueuses. Sous peine de s'égarer, il faut y renoncer.

Aucune de ces trois argumentations ne saurait nous convaincre : La thèse idéaliste dans ses conséquences logiques aboutirait à séparer complètement l'âme du corps. Pour réagir

contre l'influence physiologique, il faut d'abord la connaître, la juger mauvaise, avoir un idéal qui ne soit pas le produit même de sa propre nature. L'éducation, l'effort personnel peuvent quelque chose sur la nature d'un individu ; ils ne peuvent pas tout.

La seconde thèse, qui suppose l'identité de pensée collective chez tous les peuples, crée avec des parcelles de choses réelles une chose neutre, abstraite, sans caractère. Les caractères individuels se combinent dans la masse mais ne s'y perdent. Les pensées, les actes, les lois faites par une réunion d'hommes ivres porteront la trace de l'ivresse qui affecte chaque individu.

Enfin à ceux qui s'effraient de la difficulté du calcul de l'élément physiologique dans la vie humaine, il suffit de répondre que nous devons prendre l'histoire comme elle est, et non comme nous voudrions qu'elle fût pour notre commodité particulière. Ce qui est, est. Nous faisons tous nos efforts pour le connaître ; nous ne répondons pas d'y arriver. Le rôle de l'histoire comme de toutes sciences est de préciser ses lacunes, non de les dissimuler.

Il nous faut maintenant préciser comment les phénomènes biologiques qui se produisent dans l'humanité sont susceptibles d'influer sur son Droit.

LITTERATURE SUR LES RAPPORTS DE LA BIOLOGIE ET DU DROIT

HÆCKEL : *Monisme*, trad. Lapouge : « En conséquence nous regardons toute la science humaine comme un seul édifice de connaissances, nous repoussons la distinction habituelle entre la science de la nature et celle de l'esprit. La seconde n'est qu'une partie de la première ou réciproquement, les deux n'en font qu'une ».

Novicow : *Les luttes entre les Sociétés humaines*, p. 714 : « La science est une comme la nature. Il n'y a aucune solution de continuité entre les domaines de la chimie, de la biologie... de la sociologie ».

Duclaux : *Sociologie et biologie*, Revue scientifique, T. XII, p. 833 : « Je ne crois pas juste l'opinion (qui veut identifier la société humaine et les sociétés animales) ; elle fait abstraction de la liberté, qui doit être le pivot de toute société humaine ».

Worms : *Philosophie des sciences sociales*, I, 43 : « Pour ne pas se laisser entraîner trop loin dans la voie des comparaisons biologiques, les partisans de la première doctrine (organicistes), au lieu de parler de l'organisme social disent plus volontiers aujourd'hui, en marquant par là tout ensemble l'élévation et la spécificité de cet être : le super-organisme social ».

Durkheim : *Division du travail social*, p. 4 : « La division du travail n'apparaît plus que comme une forme particulière de ce processus général et les sociétés, en se conformant à cette loi, semblent céder à un courant qui est né bien avant elles et qui entraîne dans le même sens le monde vivant tout entier ».

Durkheim : *Les règles de la méthode sociologique*, p. 176 : « Si nous considérons les faits sociaux comme des choses, c'est comme *des choses sociales*... Nous avons refusé de ramener cette immatérialité *sui generis* qui les caractérise à celle déjà plus complexe pourtant des phénomènes psychologiques ; à plus forte raison nous sommes-nous interdit de la résorber à la suite de l'école italienne, dans les propriétés générales de la matière organisée ».

Wundt : *Ethik*, 1er Th., C. III, § 1, p. 107 : « Menschen und Thiere verdanken ihre individuellen wie sozialen Lebensgewohnheiten zum allergrössten Theile der Erbschaft früherer Geschlechter. Aber beim Thiere ist diese Erbschaft ganz und gar niedergelegt in den physischen Nachwirkungen, welche die generelle Entwickelung in der Organisation zurückliess. Beim Menschen ist sie, zu einem grossen Theile wenigstens, zugleich in der Form bewusster Ueberlieferung erhalten geblieben ».

Finot : *Le préjugé des races*, p. 10 : « Après avoir cru pendant longtemps que la terre est le centre de l'univers et que l'homme, son roi, incarne en lui la finalité de la nature, nous voilà victimes d'un défaut également extrême dans un sens opposé. Nous avons omis en effet de faire entrer en ligne de compte l'intellectualité, qui donne à l'homme une situation particulière dans l'enchaînement évolutionniste des êtres. Sous ses formes sublimes d'âme, de conscience et de pensée, elle met une empreinte particulière

sur notre vie et lui fournit, avec des mobiles innombrables, un champ d'action sans limites. *Tout en différenciant nos âmes, elle maintient pourtant, grâce à l'essence analogue de leur base biologique leur unité, et, par là même, les empêche de se séparer sans possibilité de retour* ».

DURKHEIM : *Les règles de la méthode sociologique*, p. 132 : « Il y a d'ailleurs un moyen d'isoler à peu près complètement le facteur psychologique de manière à pouvoir préciser l'étendue de son action, c'est de chercher de quelle façon la race affecte l'évolution sociale. En effet, les caractères ethniques sont d'ordre organico-psychiques. La vie sociale doit donc varier quand ils varient, si les phénomènes psychologiques ont sur la société l'efficacité causale qu'on leur attribue. Or nous ne connaissons aucun phénomène qui soit placé sous la dépendance incontestée de la race ».

PARETO. *Les systèmes socialistes*, p. 80 : « Herbert Spencer a observé avec beaucoup de raison que les caractères d'un agrégat résultent des caractères que présentent ses parties... Personne ne nie que des hommes formant une foule n'agissent différemment, que ce que feraient ces mêmes hommes pris isolément, mais il n'en est pas moins vrai que les caractères de la foule résultent des caractères de ses parties. Tout le monde a remarqué récemment que la foule anglaise n'a pas agi après les défaites de l'Afrique du Sud, comme la foule française après les défaites du Tonkin ».

CHAPITRE III

La Race et le Droit.

Bibliographie. — Klemm, *Allgemeine Kultur der Menscheit*, 1849; — Comte de Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, 2 vol. *Histoire des Perses; Philosophies et religion de l'Asie centrale. Ce qui se fait en Asie* (*Revue du Monde latin*, 1885); — Paul Kleinecke, *Gobineau's Rassentheorie*; — Ernest Seillière, *Le comte de Gobineau et l'Aryanisme historique*; — Dreyfus, *Gobinisme et nationalisme* (*Revue bleue*, 25 février 1905); — Fr. Hertz, *Moderne Rassentheorie*; — Fritz Friedrich, *Studien über Gobineau*, 1906.

Dr Gustave Lebon, *Recherches expérimentales sur les variations du volume du cerveau et du crâne*, dans *Bull. Soc. anthrop.*, t. Ier, 3e série, p. 310; *Recherches anatomiques et mathématiques sur les lois de variations du cerveau et du crâne; Lois psychologiques de l'évolution des peuples*; — Manouvrier, *Recherches d'anatomie comparative et d'anatomie philosophique. La quantité dans l'encéphale*, 1885; *L'indice céphalique et la pseudo-sociologie* (*Bulletin de la Société d'anthropologie*, 1899). *Céphalométrie anthropologique* (*Année psycholog.*, 1899); — Schwalbe, *Einiges über moderne Phrenologie. Deutscher Anthropologen Kongress*, 1906.

De Lapouge, *Dépopulation de la France; Hérédité dans la science politique* (*Revue d'anthropologie*, 1887-1888); *Sélections sociales. L'Aryen*; — Comte Leusse, *Etudes d'histoire ethnique depuis les temps préhistoriques jusqu'au commencement de la Renaissance*, 1899; — Chamberlain, *Die Grundlagen des XIX. Jahrhunderts*; — Kuhlenbeck, *Natürliche Grundlagen des Rechts und der Politik*, Tit II, Kap. IV; *Zur Kritik des Rassenproblems* (*Archiv für Rassen und Gesellschafts-Biologie*, Juli-Aug. 1905; — Woltmann, *Politische Anthropologie*, Kap. IV; — Reibmayr, *Ueber den Einfluss der Inzucht und Vermischung auf den politischen Karakter einer Bevolkerung* (*Polit. anthrop. Rev.*, I, 1-21 et suiv.); — Wirth, *Volksthum und Weltmacht*.

Weissmann, *Essai sur l'Hérédité*, trad. franç., 1902; — Delage,

L'hérédité : — de Vries, *Théorie de la mutation* ; — Richard Semon, *Die Mneme, als erhaltendes Prinzip im Wechsel des organischen Geschehens* ; — Forel, *La question sexuelle*, p. 13 ; — Kræmer, *Die Kontroverse über Rassenkonstanz und Individualpotenz, Reinzucht und Kreuzung im Lichte der biologischen Forschungen historisch und kritisch betracht*, Bern, 1905 ; — A. Gauthier, *Mécanisme de la variation des êtres vivants*.

Deschamps, *Etudes des races humaines*, 1857-1859 ; — de Quatrefages, *Du croisement des races humaines* (*Revue des Deux-Mondes*), mars 57 ; *Introduction à l'étude des races humaines*, 1889 ; — Housé, *Sur les caractères physiques des races européennes*.

Ratzel, *Völkerkunde*.—Finot, *Le préjugé des races*, 1905.—Novicow, *L'avenir de la race blanche* : — Anton Nystron, *L'anthropologie et l'histoire* ; — Reinach, *Revue archéologique*, 1904, p. 152.

Articles divers, dans : *Archiv. für Rassen und Gesellschafts-Biologie* ; — *Politische antropologische Revue* ; — *Rivista italiana di sociologia* ; — *L'Anthropologie* ; — *Revue de Synthèse historique*.

Woltmann, *Die Germanen und die Renaissance in Italien. Die Germanen in Frankreich*.— Hovelacque et Hervé.; *Recherches ethnologiques sur le Morvan. Mémoires de la Soc. d'anthrop. T. 1. (3e sér.) 2e fasc.* —Ridgeway, *The early age of Greece* ; *Who were the Romans?* communicat. à la British Acad. 24 avril 1907.

§ 1. — **La race en biologie et en anthropologie.** — Les espèces animales ou végétales se subdivisent en variétés, groupes plus restreints, dont tous les individus ont des caractères physiologiques communs. Telles sont les races.

C'est un phénomène que nous ne méconnaissons guère dans la vie pratique, chaque fois que nous voulons profiter de la nature vivante et de ce qui en provient. Ce pain est-il de bonne qualité ? ce vin peut-il figurer sur la table d'un souverain, ou est-ce le gros bleu qui se consomme dans les faubourgs? quel sera le bouquet de cet alcool? pourquoi cette volaille aux pattes jaunes fera-t-elle un mauvais rôti ? choisirons-nous pour l'élégance et la durée un drap anglais ou un drap allemand ? pouvons-nous compter que ce chien que nous venons d'acheter sera un bon gardien? comment peut-on payer mille louis un cheval alors que pour trois cents francs on pourrait en avoir un du même âge et

de la même taille ? — Ces questions, qui paraissent incohérentes, des milliers d'autres qui pourraient le paraître encore davantage, souffriraient une même et courte réponse : « Cela vient de la race. Cela dépend de la race. »

La question des races n'offre pas en général de difficulté, car les animaux et les plantes se moquent de nos appréciations. Les hommes sont moins philosophes ; beaucoup veulent être des purs sangs ; personne ne veut être un mauvais rôti. Aussi lorsqu'on parle de races humaines, on trouve peu un être raisonnable à qui s'adresser, mais de la vanité, de la rancune, des craintes, des susceptibilités. Ceux qui ne croient pas que l'humanité puisse se faire rôtir à sa propre cuisine, désigner les individus présents et futurs qui doivent être sacrifiés aux autres, ne portent pas sur les races des jugements de valeur et peuvent traiter la question d'une façon tout à fait objective.

Les caractères de race se maintiennent dans leur pureté tant que les individus de même race s'unissent entre eux, ce qui par goût ou par nécessité est le cas le plus fréquent. Mais il arrive aussi qu'il y ait mariage d'individus qui ne sont pas de même race ; il y a mélange ou croisement.

Ce croisement peut être accidentel. Les produits immédiats seront une combinaison du père et de la mère ; mais si l'une des familles est beaucoup plus nombreuse que l'autre, elle finira, après une série de nouvelles unions, par en éliminer les caractères. Après plusieurs générations, des deux types primitifs, il n'en restera plus qu'un. L'une des races aura noyé son sang, ses caractères physiologiques propres.

Ou bien le produit du croisement aura constitué un type nouveau. Si les individus en sont suffisamment nombreux, que les circonstances les isolent, et les obligent à s'accoupler entre eux, ils formeront une nouvelle race, une race dérivée qui, après quelques générations, sera parfaitement homogène. Ainsi le cheval arabe uni à la vieille race anglaise a formé le pur sang anglais ; ainsi l'anglo-normand, mélange de cette race dérivée et du normand, conserve indéfiniment par l'hérédité ses caractères de famille.

Enfin — dernière hypothèse — il se peut que des individus des races les plus diverses, unis par le seul hasard, constituent la généalogie la plus disparate. Les combinaisons les plus extraordinaires se forment ainsi et le descendant de ces êtres mésalliés est un de ces animaux extraordinaires, comme on en rencontre parmi les chiens des rues, qui rappellent à la fois l'épagneul, le basset et le braque, sans qu'on puisse savoir ce qui prédomine en eux. On dira qu'un tel animal n'a pas de race et, en effet, il n'existe pas de groupe en dessous de l'espèce dont il ait les caractères. S'il se reproduit, ses descendants pourront n'avoir entre eux aucune ressemblance. Mais, par ailleurs, il a une race, et même plusieurs races, en ce sens que ses qualités physiques et ses aptitudes, il les doit aux diverses familles qui lui ont donné des ancêtres.

L'humanité se trouve dans ces quatre situations. Les grandes races, blanches, noires, jaunes et rouges sont physiquement isolées, en ce sens que l'humanité ne peut désormais acquérir d'uniformité extérieure que par des croisements. Le Titus Andronicus de Shakespeare pour si confiant qu'il fut en sa Tamora, ex-reine des Goths, eût été convaincu de sa valeur morale, si on lui eût présenté l'enfant nègre qu'elle venait de mettre au monde ; ou crut prudent de le faire disparaître, car le plus acharné adversaire de la théorie des races aurait pu, à sa place, ne pas être fort content. Car chacune des races primitives est caractérisée par des traits physiologiques tels qu'il est impossible que même exceptionnellement elle puisse reproduire le type qui n'est pas le sien.

Les grandes races sont primitives non pas en ce qu'elles sont contemporaines de la création du monde, ou remontent à Sem, Cham et Japhet. Peut-être proviennent-elles d'une même souche, dont des circonstances extrêmement puissantes ont diversifié les rejetons. Elles sont primitives en ce qu'elles condensent le maximum de différence qu'il puisse y avoir entre les hommes et ne peuvent provenir de croisements antérieurs.

Au contraire, les sous-groupes que contiennent chacune des

grandes races peuvent être originaires ou peuvent être dérivés. Les Anglo-Saxons ont-ils du sang chinois dans les veines et les bruns méridionaux du sang nègre, c'est possible, ce n'est pas sûr. Mais, comme on retrouve même dans l'Europe actuelle des groupes parfois très étroits, provinces, villes et même villages dont les individus reproduisent une même physionomie souvent très particulière, il faut bien croire que les événements historiques ont fait par hasard ce que l'homme fait par calcul avec les animaux. Fusionner sur un même territoire deux ou plusieurs éléments étrangers entre eux ; isoler ensuite la nouvelle tribu de ses autres voisins, de telle sorte que les alliances fixent et perpétuent la jeune race secondaire.

Enfin, les produits des grandes villes, des ports de mer, des éléments cosmopolites et ultracivilisés sont les braques-épagneuls de l'humanité. Ils appartiennent à des races qu'ils ignorent; forment des mélanges les plus inattendus. Peut-être l'ensemble sera-t-il heureux et harmonieux ; peut-être sera-t-il bizarre et tourmenté. Il faut en remercier ou en accuser le hasard.

On conteste avec énergie chaque point de cet exposé qui est uniquement basé sur un rapprochement rigoureux de l'homme et des animaux. D'après certains, la théorie des races est inapplicable à l'humanité. A proprement parler, il n'y aurait pas même physiologiquement, des races humaines, mais des hommes-frères dont seules les différences de milieu ont un peu modifié la couleur et le tempérament. Et on appuie cette affirmation sur trois arguments principaux : 1° Les races animales et végétales se sont formées par un procédé inapplicable à l'humanité. Les lois de l'hérédité ne sont pas les mêmes pour l'homme et les animaux.

2° Il est impossible de trouver un caractère différentiel permettant de classer les races humaines.

3° En admettant qu'il y ait eu des races primitives, l'histoire a établi entre les peuples des contacts perpétuels, de telle sorte que le sang s'est mélangé et qu'aucune race secondaire n'a pu se former.

I. — On a émis récemment une nouvelle hypothèse sur l'évolution et la transformation des êtres et par suite sur la création de nouvelles espèces. Au lieu de se produire par une série de modifications insensibles et transmission héréditaire de ces modifications, les variations se feraient brusquement, par suite de circonstances assez mystérieuses, mais enfin imaginables. Le type ancien et le type nouveau seraient du premier coup séparés à jamais par l'ensemble de leurs caractères spécifiques. Ainsi se seraient formées les diverses espèces et les diverses races. Cette théorie des « transformations explosives » ou du « progrès spasmodique », due à Standfuss et de Vries, est encore douteuse, mais elle est après tout fort possible. Il m'a été impossible de comprendre en quoi elle intéressait la question de l'égalité ou de l'inégalité des races humaines.

A-t-on voulu dire que toute différence de race provenant d'une « transformation explosive », et ce phénomène n'ayant jamais été constaté chez les hommes, il ne saurait y avoir de vraie race dans l'humanité ? Sans doute l'homme a passé ce que l'on appelle sa « période de mutation spasmodique », mais il peut l'avoir eu au moment où se sont formées les races, et, comme nous ignorons tout de nos origines, on peut leur appliquer indifféremment l'hypothèse de de Vries ou de Darwin. Veut-on faire ressortir le caractère de fixité de la constitution physiologique des hommes par rapport aux autres espèces animales ou végétales et en conclure qu'il ne saurait y avoir entre eux de grandes différences ? Mais ces transformations explosives constituent dans la nature de très rares exceptions. Les éleveurs n'ont pas, à cet égard, plus de surprise que les accoucheurs. Un très grand nombre de végétaux ont aussi une grande fixité. « La graine de peuplier ne fait pas pousser des chênes », dit un proverbe populaire pour exprimer la régularité des lois héréditaires. Certes, il y a des plantes dont les graines sont extrêmement capricieuses. Cela ne saurait empêcher que la très grande majorité des êtres vivants ont la même fixité que l'homme, que l'hérédité y présente les mêmes aspects et que, par suite, la race y présente les mêmes caractères. Je

répète n'avoir pas compris en quoi l'hypothèse de de Vries peut affecter la théorie des races. Sans doute ai-je eu tort de ne pas deviner l'argumentation de l'auteur du *Préjugé des races*, mais il eût rendu service à tout le monde en formulant explicitement sa pensée.

Nous pouvons saisir avec plus de précision une théorie nouvelle sur la nature chimique de la race. Les différences et les ressemblances de formes entre les êtres ne seraient au fond que superficielles. Elles n'affecteraient pas leur nature et ne sauraient suffire à constituer des races. On aurait un nouveau critérium beaucoup plus important : l'analyse chimique. A toute diversité de race doit correspondre une différence dans la composition chimique « des plasmas ou du moins du produit immédiat de leur fonctionnement ». Ainsi les raisins des divers cépages ont des matières colorantes qui ne sont pas chimiquement identiques et répondent à des formules diverses. On n'a pu, au contraire, trouver de différence chimique entre le sang d'un blanc, d'un noir ou d'un jaune. Conclusion : il n'y a pas de races humaines.

La réponse s'impose : n'est-ce pas la sève de la vigne qu'il faudrait comparer au sang humain et non la matière colorante qui se trouve surtout dans la peau du raisin ? Ensuite, en assimilant le cépage à une race, on donne à ce dernier mot un sens tout nouveau. Le cépage est plutôt un individu qu'une race, un individu qui se propage par bouturage, bien rarement par semis. La facilité qu'a la vigne de constituer des types nouveaux ne peut être étendue à l'ensemble des végétaux, ni surtout des animaux. Les divers types du *vitis vinifera* sont des parents très proches : le petit bouschet est la résultante d'un croisement entre aramon et teinturier et il a réuni les caractères de l'un et de l'autre. Mais son sang est un composé où le carbone joue un moindre rôle. Par suite, ces différences chimiques paraissent très accessoires et ne correspondent guère à une révolution dans la nature même de l'être. On ne nous dit pas qu'un basset et un terre-neuve, tous autres animaux de même espèce et de race différente, aient un sang chimiquement

divers ; c'est-à-dire qu'on ne dit rien de ce qui pourrait avoir un véritable intérêt. Peut-être ces recherches d'analyse et leur application aux races pourront plus tard avoir de l'utilité. Pour le moment, on ne peut rien en conclure.

II. — Pour nier l'existence des races humaines ou leur utilité pour la science — ce qui n'est pas la même chose, mais est en fait confondu, — on invoque l'impossibilité d'en présenter un tableau où serait précisé leurs nombres, les traits différentiels, leur histoire. Chacun de ceux qui se sont essayés dans de telles classifications ont abouti à un résultat différent. Quelques anthropologues ont compté trois races humaines, d'autres sont allés jusqu'à cent vingt. Nous avons donc affaire, conclut-on, à une notion vague, fausse, inapplicable en matière scientifique.

Pour faire de pareils raisonnements, il faut ignorer complètement quelle peut être la portée, quelles sont les difficultés d'une classification. La classification couronne le travail effectué ; elle ne le précède pas. Elle est essentiellement provisoire et se modifie à chaque instant de la vie scientifique, à chaque effort scientifique. Les sciences elles-mêmes, comme les races, sont loin d'être classifiées d'une façon uniforme et indiscutable. Avons-nous le droit de dire au physicien, au naturaliste, au géographe : « Bentham vous met dans telle catégorie et Herbert Spencer dans telle autre. Vous n'avez donc, pour sûr, que des sornettes à raconter. »

La race est un mot qui manque de précision, quelle que soit l'espèce d'animaux ou de végétaux à laquelle on l'applique. « Qui s'y reconnaît parmi les races de poules ? » écrit un aviculteur désespéré. Il se désespérait, le brave homme, croyant que l'élevage des poules était la seule chose complexe et peu claire qu'il y eût dans la science, et à l'idée qu'il y ferait triste figure. Mais je ne crois pas qu'un anthropologue se laisse intimider aussi facilement. A-t-on dressé un tableau des races que contiennent l'une de ces espèces animales ou végétales : cheval, chien, bœuf, mouton, chat, rat, blé, pommes de terre, vignes, etc. ? Pourtant la question de race, appréciée sans

parti-pris et de la façon la plus objective, joue un rôle capital dans la production et la vente de ces êtres.

Nous ne pouvons pas trouver pour les races d'hommes un signe distinctif. La couleur de la peau, ni celle des cheveux, ni celle des yeux, la taille, la forme du nez, de la tête, du crâne, chacun de ces caractères à lui seul ne peut suffire à désigner toutes les races. La race n'a pas un point de l'être qu'elle frappe de son sceau, une signature mise à la même place où elle affirmerait son identité. La race est partout et nulle part nécessairement ; elle est la résultante d'un ensemble de traits. Les nègres ont non seulement la couleur, mais les cheveux crépus, les lèvres épaisses, le nez écrasé ; il peut se faire que certains nègres n'aient pas le nez écrasé, ni les lèvres épaisses, et qu'on retrouve ces traits chez les blancs. Mais tout éleveur, comme tout anthropologue, est obligé de considérer l'ensemble de l'individu pour connaître la race à laquelle il appartient. La robe d'un cheval n'est pas sans intérêt pour la question de pureté de race. On n'a pourtant jamais imaginé de mettre tous les chevaux de la même couleur dans la même race.

III. — En admettant qu'il y ait eu des races humaines, dit-on enfin, l'histoire humaine aurait suffi à les fondre, à les mélanger, à en réaliser l'unité. Guerres, commerce, invasions, exogamie, théories canoniques et humanitaires sur le mélange des races, tout cela ne date pas d'hier et a toujours travaillé à réaliser l'unité du type humain.

Personnes ne doute qu'il y ait eu des mélanges de sang, et des fusions de race ; l'histoire dans Gobineau s'efforce d'en suivre les fluctuations. Mais les causes combinantes, l'emportent-elles sur les causes isolantes ? Traditions endogamiques, intérêts communs du village et de la province, rivalités de villes à villes, de pays à pays, divergences de mœurs, de langues, d'aptitudes, de travail, les forces reconstitutives de la race apparaissent dans l'histoire comme beaucoup plus énergiques que les forces dissolvantes et de nature à les neutraliser. Il faut ajouter que ces causes ont eu de l'influence chez les peu-

ples civilisés et non en dehors. Il se peut que quelques gouttes de sang jaune ou noir ait passé chez les blancs, ait modifié leurs caractères. Mais qui oserait énoncer seulement que ces unions accidentelles entre les trois grandes races a suffi à les unifier, qu'un sauvage du centre de l'Afrique ressemble davantage à un Anglais maintenant que mille ans auparavant?

D'ailleurs comment serait-il possible que l'humanité avec les types si différents qui la composent pût réaliser une unité physiologique ? Les croisements auraient pour résultat de multiplier les races et non de les éteindre. Les mélanges compliquent la question des races, mais en augmentent l'importance. Il n'est qu'un seul moyen imaginable d'unifier l'espèce humaine, détruire toutes les races sauf une. Comment s'y prendrait-on pour que dans une ville, il n'y eût qu'un seul type de chien ? Les chiens des rues ne ressemblent à aucune races, mais ne se ressemblent pas entre eux.

Les races humaines existent physiologiquement. Il suffit d'ouvrir les yeux pour le constater. Les types arabes et hébreux se sont conservés intacts à travers les siècles, tels que nous les représentent les reliefs assyriens et égyptiens. Tout le monde dans son entourage, dans sa ville, dans sa famille peut avec quelque lueur d'observation se rendre compte de l'importance de la race et de sa ténacité. Ceux qui, à bon droit, veulent combattre les abus politiques que l'on peut faire de la notion de race, ont assez de bonnes raisons, pour ne pas nier le soleil en plein midi. Les avocats considèrent qu'il est de leur devoir de produire les mauvais arguments, en même temps que les bons. Ils jettent leurs arguments au hasard, n'étant pas sûrs de la qualité des cerveaux auxquels ils s'adressent. Le savant ne doit pas parler à des hommes, mais à la raison abstraite : la question des races humaines n'est pas discutable devant elle.

§ 2. — **Race et psychologie.** — Il existe des races humaines ; c'est une vérité physiologique. Il ne nous appartient de rele-

ver que l'intérêt moral de ce fait. La race est-elle cause de pensée et de sentiment. Les hommes, suivant les types dont ils proviennent, sont-ils prédisposés à aimer, haïr, juger, vivre, de façon différente ? Si oui, la race devient une question psychologique et se prépare à devenir une question juridique ; si non, il faut en abandonner l'étude au biologue et en débarrasser définitivement le terrain de l'histoire. Mais sur quelles bases décider ?

La comparaison avec les animaux est une méthode absolument sûre pour tous les éléments psychologiques qui nous sont communs. Or, pour qui dans sa vie a eu l'occasion de connaître les bêtes : chasseurs, pêcheurs, agriculteurs, éleveurs et à plus forte raison pour ceux qui ont observé et décrit leurs mœurs, la discussion n'est pas possible. Les mœurs des quadrupèdes, des oiseaux, des poissons, des insectes mêmes, leur degré et la nature de l'intelligence dépend autant de la race que de l'espèce, peut-être même plus. Il est des familles qui présentent une variété extraordinairement riche d'aptitudes, qui contiennent un nombre considérable de sous-groupes dont chacun a sa morale, son activité, son pouvoir d'observation et même peut-être de déduction. Un traité de zoologie, qui en dirait sur la psychologie des humains autant que sur celle des chiens, irait plus loin que les plus hasardeux traités d'ethnopsychie. Or l'homme est forcément resté soumis à l'influence de la race, autant que l'animal le plus développé. Mais il est devenu de beaucoup intellectuellement et moralement supérieur, et il peut réclamer un privilège pour ce surcroît de pensées et de sentiments dont il est le seul à bénéficier. Car nous ne savons pas comment et pourquoi il est devenu supérieur. Sa spécificité est peut-être totalement étrangère à la question de race. Elle lui donne aussi en sus de qualités nouvelles, le pouvoir de lutter contre ses prédispositions. L'homme a pu chasser le naturel. Peut-être que le naturel est revenu au galop ; mais qui le sait ? Qui peut l'affirmer ? Zoologiquement, on doit ainsi conclure : L'homme est un animal qui, dans ses origines, formait

des races dont les différences psychologiques étaient à peu près proportionnées aux différences physiologiques, mais qui a pu peut-être réagir parfois et plus ou moins profondément contre sa nature, qui a acquis depuis l'époque historique un nouveau fond d'idées dont quelques éléments sont étrangers à la notion de race.

La comparaison zoologique ne pouvant pas nous dire avec précision ce qui dans notre être moral dépend de la race, il faut avoir recours à la physiologie. Tout travail de l'esprit est un travail du cerveau et dépend de cet organe. Deux cerveaux différents soumis à la même influence réagiront différemment et seront causes d'impressions et d'idées différentes. A toute faculté, prédisposition, correspond une constitution spéciale de l'organisme, de telle sorte que des cerveaux semblables sont causes de pensées semblables et des cerveaux différents de pensées différentes. Mais dans le cerveau quel est l'aspect important pour la production de la pensée ? Faut-il se baser sur les dimensions, la forme générale, le développement plus ou moins grand de chaque partie, la profondeur et le nombre des circonvolutions, l'anatomie apparente ou secrète ? La physiologie ne peut nous donner de réponse précise. Jusqu'à nouvel ordre, tel est le point où nos certitudes vont s'arrêter. C'est-à-dire, que la physiologie ne peut directement résoudre la question des races en psychologie ; mais elle nous permet de limiter le champ des hypothèses, de dégager certaines probabilités qui pourront servir de base à une méthode de recherche sûre et positive.

La probabilité, c'est que dans le cerveau tout à son importance ; les dimensions, la forme, les circonvolutions, les qualités de la substance, l'anatomie externe, l'anatomie interne dont on ne peut avoir qu'une vague connaissance, et peut-être d'autres propriétés encore. Si on pouvait faire une comparaison complète du cerveau des diverses races humaines, on saurait quelles en sont actuellement les diverses aptitudes et si elles sont susceptibles de parvenir par le seul effort intellectuel à l'unité, mais il ne faut pas y songer. Le seul travail

pratique est pour le moment l'étude comparative des crânes, par laquelle nous pouvons remonter dans un passé assez reculé. Nous avons en elle deux indications sur le cerveau : Ses dimensions, sa structure générale. Nous ignorons le reste qui est peut-être le plus important. Si nous supposons cet inconnu de même valeur pour tous les hommes, la forme du crâne qui est un signe de race incontestable et dont les différences sont appréciables à première vue, nous donnera une classification des humains de beaucoup la plus intéressante pour la psychologie.

On répond que la forme du crâne n'intéresse en rien la pensée, car d'une part l'intelligence n'est pas toujours proportionnée au volume du cerveau, que, d'autre part, les fonctions les plus hautes ne se laissent pas localiser, car l'ensemble de la masse cérébrale participe — croit-on — à la production des idées vraiment supérieures. Ces objections n'ont pas de valeur décisive. La phrénologie même la plus spéciale, celle qui juge des facultés d'après les bosses de la tête, ne suppose pas nécessairement que tel lobe cérébral joue à lui seul le rôle qu'on lui prête, mais qu'il y concourt plus que les autres parties. Si le volume du cerveau n'est pas la seule condition d'intelligence, il est difficile qu'il ne soit pas une des conditions. Comment ce pouvoir de la boîte osseuse de fixer des limites à la matière pensante, d'en arrêter l'expansion par un : « Tu n'iras pas plus loin », auquel il faut obéir, serait-il sans importance sur la nature de nos pensées ?

La craniologie nous donne certaines conditions de la pensée ; elle ne les donne pas toutes. Personne ne pourra affirmer à coup sûr, tel crâne est celui d'un génie, tel autre celui d'un imbécile. On a eu tort de demander à cette jeune science une hiérarchie des races et des individus, qui douteuse dans son principe est nulle dans ses résultats. Par elle-même, elle peut trouver des croyants, non imposer une autorité. Associée à la méthode historique, elle devient positive et donne à l'histoire un caractère positif.

Quand on nous raconte les faits et gestes des Grecs, des

Romains, des Gaulois, des Germains, de tout peuple, on fait l'histoire d'une abstraction, d'un mot, d'une étiquette qu'ont porté des gens sans lien de parenté, sans rapport psychologique quelconque. Toute civilisation qui se développe attire des êtres les plus hétérogènes et bientôt ceux qui prennent la tête du mouvement sont des descendants d'étrangers et non de ceux qui fondèrent la cité. Ainsi le mot « Romain » est un mot conventionnel, vide de sens ethnologique et réel. Une série de crânes est une réalité. La craniologie individualise la race, permet d'en connaître les vraies destinées, les vrais succès et les vrais échecs.

Les races ainsi reconstituées doivent être jugées non par leur physiologie, mais par leurs actes. On demandera à l'histoire ce qu'ont fait les représentants de telle race, de telle forme de crâne, pour déterminer leur valeur intellectuelle et morale. Et si la science peut demander à l'histoire de telles appréciations, ce ne saurait être dans le but d'ouvrir un concours phrénologique, de condamner les uns et de faire l'apothéose des autres. Si nous voulons savoir pourquoi telle race était dolycéphale et a agi de telle façon, telle autre brachycéphale et a agi de telle autre, c'est enfin de mieux comprendre la véritable histoire de leur pensée, ce qui physiologiquement a relié les descendants aux ancêtres, comment ils ont reproduit dans des circonstances diverses le même type intellectuel, enfin comment un des facteurs biologiques le plus important s'est comporté en histoire.

Mais des qualités passées, on ne saurait conclure aux qualités futures. Car ni les individus, ni les peuples ne développent jamais toutes leurs aptitudes. Faute d'occasion de se produire, l'intelligence peut rester latente, et les esprits les mieux armés par leur physique être paralysés par bien des causes. Les races qui sont actuellement dans un état d'infériorité évidente pourront-elles participer à des civilisations supérieures ? On affirme l'un ou l'autre, avec autant d'énergie que d'imprudence, tandis qu'une seule réponse est possible en ce moment. Nous l'ignorons, nous devons l'ignorer, jusqu'au

jour où le mécanisme cérébral nous sera complètement connu et ce jour est peut-être bien loin.

Bornons notre ambition à obtenir de la craniologie unie à l'histoire, des caractères psychologiques un peu précis sur les races passées. Ils seront d'ailleurs violemment contestés ; car en ces matières, on oppose généralement un fanatisme de négation à un fanatisme d'affirmation. Toutes les études d'ethnopsychie sont traitées par certains de jouet scientifique incapables de donner un résultat sérieux. Pourtant, l'art, la littérature, les mœurs des divers peuples vivants aux mêmes époques, sous les mêmes influences révèlent aux moins perspicaces des organisations mentales diverses. Tant qu'on s'en tient aux généralités, à des descriptions littéraires, les portraits psychologiques d'un Romain, d'un Grec, d'un Allemand, d'un Anglais, d'un Américain seront facilement reconnus par le gros public ; tout n'est pas convention dans ces caractères traditionnels, car des types nouveaux des Tarasconnais décrits par Daudet, des Zurichois par Keller, des Autrichiens par Anzengruber, et bien d'autres, sont immédiatement reconnus comme caractéristiques par les voisins et les compatriotes. Mais si l'on veut arriver à saisir en terme de psychologie scientifique les caractères des peuples et des groupes, la vérité semble couler entre les doigts du plus habile qui aurait aussi bien fait de cueillir une poignée d'eau ou une poignée d'ombre.

Les particularités mentales des peuples se laissent décrire, donc elles existent ; elles ne se laissent pas formuler, donc la science qui aurait à charge de dresser de pareilles formules est en retard. L'ethnopsychie est plutôt une matière de roman que de psychologie scientifique ; la faute en est à cette dernière science qui est restée bien arrière sur l'observation littéraire en ce qui concerne la psychologie concrète. Les romanciers ont la liberté de suivre leur fantaisie et en profitent de temps à autre ; mais ce sont souvent des esprits perspicaces qui savent voir la réalité et en tirer profit.

La psychologie concrète et pratique, aussi bien l'étude des caractères que des façons individuelles de raisonner et de

sentir est d'une pauvreté remarquable. Elle a pris dans le langage populaire les plus grossières données, et ne s'est pas soucié de les épurer par un procédé analytique quelconque. Que signifie : « égoïsme, avarice, caractère pratique, caractère idéal, fougue, colère, générosité, intérêt... ». Chacun de ces mots peut correspondre à des tendances multiples n'ayant ni psychologiquement, ni physiologiquement les mêmes traits, les mêmes aspects et les mêmes effets. De telle sorte que l'ethnologue, lorsqu'il veut traduire ses observations en termes psychologiques, n'a pas à sa disposition le vocabulaire nécessaire et doit recourir à une description forcément un peu fantaisiste.

D'ailleurs, il est à peu près certain que tous les hommes possèdent toutes les qualités et tous les défauts. Il n'y a pas diversité absolue d'éléments psychologiques. Chaque individu se caractérise en lui-même, par ses qualités prédominantes qui peuvent amoindrir ou annihiler les autres et diriger ses destinées : ainsi une prépondérance de l'activité matérielle peut détourner complètement de la vie intellectuelle et morale. Il se caractérise encore par comparaison avec autrui en ce qu'il possède certaines aptitudes plus ou moins que la moyenne. Sont pour nous des observateurs, ceux qui le sont à un haut degré, aucun être humain n'est toutefois complètement dépourvu de la faculté d'observation. La psychologie des peuples et des races a donc un double but : dégager les aptitudes prédominantes de chaque groupe et le degré respectif de chaque qualité en comparaison des autres groupes.

Les observations précédentes sont communes à deux sciences, que l'on réunit bien souvent sous le nom d'ethnopsychie ou psychologie des peuples, mais qui poursuivent deux buts différents et gagneraient à vivre indépendantes : la psychologie des races et la psychologie des nations.

A la psychologie des races, on demande quelles prédispositions, des individus ou des groupes d'individus tiennent de leur constitution physique héréditaire. Elle recherche les

similitudes de pensées d'un groupe naturel : la race. Elle veut dégager les causes biologiques de l'histoire.

La nation est un groupe artificiel que tous les hasards de la politique ont contribué à former. Une race peut y prédominer en nombre, y dominer en influence. Certaines nations ont une diversité de race moindre que d'autres ; aucune ne comprend toute une race et rien qu'une race.

Mais la nation a sa psychologie propre qu'elle doit à la communauté de vie politique intérieure et extérieure, l'adaptation au milieu, l'influence des religions et des philosophies. La psychologie des nations est donc l'opposé de celle des races. Elle doit déterminer l'influence morale de la vie en commun et de l'échange des idées, explique comment des êtres divers de nature peuvent arriver à se ressembler sous la pression des forces extérieures.

L'étude psychologique de nations se fait par à peu près, d'après la moyenne ou la majorité des habitants ; elle peut souffrir de nombreuses exceptions individuelles sans que ses résultats en soient affectés. On accuse les Français de manquer d'énergie ; on loue les Anglais d'être bien doués à cet égard ; mais on ne prétend pas qu'il soit impossible de trouver un Français énergique, ni qu'il cesse d'être Français en devenant tel. Au contraire, les caractères de race s'appliquent à tous les individus, et qui ne les a pas n'appartient pas à la race. Ainsi, un lévrier ne serait pas classé comme caniche parce que la grosse majorité des chiens d'un pays serait des caniches. Aussi, ne saurait-on parler de « races psychologiques ». Tant qu'il signifiera quelque chose, le mot de race devra désigner une parenté de sang, une parenté physiologique, non une parenté purement intellectuelle.

Beaucoup nieront de parti pris que le fait de race joue un rôle dans l'ethnologie générale et d'autre part qu'on puisse l'en isoler. Il sera très aisé de prouver le contraire par des procédés assez nombreux. Si un élément de caractère général ne peut pas s'expliquer par la vie en commun et l'influence des événements politiques, il faudra bien y voir un effet de la

race. Ainsi la lourdeur de l'esprit romain se manifeste dans l'art, la littérature, les croyances religieuses. Dans chacun de ces domaines intellectuels, les influences politiques et économiques peuvent se faire sentir ; mais ce manque d'élan et de génialité, cette prédominance de la réflexion ne peut s'expliquer que par une conformation cérébrale particulière. D'une façon encore plus sûre, on pourra attribuer à la race les traits qui n'existent que dans un groupe physiologiquement parent de la nation, ou chez deux groupes parents vivant dans des nations différentes, etc., etc.

§ 3. — **Race et histoire.** — La notion de race est, pour certaines écoles toutes récentes, un facteur historique important. Cette innovation s'est produite au moment où la science de l'histoire s'était le plus éloigné de cette conception, qui fut sa conception primitive. Car l'histoire, à l'origine, a comme but principal de fixer la race ; elle est le passeport que chaque tribu porte avec soi pour se faire connaître de ses amis et de ses ennemis.

Pour les peuples primitifs, la question d'origine est la première que l'on doive poser aux inconnus avant de se déclarer favorable ou hostile. Lorsqu'ils sont surpris de rencontrer quelqu'un qu'ils n'attendaient pas, qui a même empiété sur leurs droits, envahi leur territoire, ce ne sont pas, comme de nos jours ces questions qui leur viennent aux lèvres : « Que faites-vous ici ? Que voulez-vous ? Quelles sont vos prétentions ? » mais celles-ci : « Qui êtes-vous ? Quelle est votre race ? » L'histoire écrite ou traditionnelle a pour but de permettre à chacun de répondre à cette question.

Ainsi dans Mathurin Régnier, le loup interpelle le mulet :

> « D'où es-tu ? Qui es-tu ? Quelle est ta nourriture,
> Ta race, ta maison, ton maistre, ta nature ? »

Nous ne comprenons guère plus maintenant pourquoi le loup et la lionne avant d'attaquer le mulet ne croient pas

pouvoir se dispenser, malgré l'« ardente faim », de la dangereuse formalité de se renseigner sur son origine.

Ainsi les Minyens *(Hérodote IV, 145)*, chassés de chez eux, débarquent sur le territoire de Lacédémone. Ils campent sur les bords du Taygète et y allument des feux. Lacédémone leur envoie un premier messager chargé uniquement de s'enquérir des origines des envahisseurs : « Qui êtes-vous ? D'où venez-vous ? » — « Nous sommes les descendants de Minyas et des Argonautes, c'est-à-dire, d'ancêtres illustres parmi tous les Hellènes. » Quand cette réponse est transmise, mais seulement alors, le messager revient poser la seconde question : « Pourquoi êtes-vous ici ? Que venez-vous faire ? »

Il y a donc une raison pratique à ce fait incontestable, que l'histoire primitive est une généalogie. Fixer l'origine des dieux, des héros et des hommes est plus important que raconter leurs exploits. Des noms paraissent dans la légende dont on ne dit rien, sinon qu'ils ont engendré tels et tels personnages. Chaque peuple a son père historique qui est la preuve de son unité de race et, bien avant l'emploi de l'écriture, la légende maintient les traditions de parenté dans des civilisations très peu développées.

La méthode généalogique peut seule, pour ces esprits crédules mais méfiants, établir l'identité de race. Ils ne sauraient se croire parents sans indiquer le père commun et les générations qui en sont provenues. L'impossibilité pratique de ce procédé n'apparaît pas à des gens qui ont une chronologie rudimentaire, et peuvent suppléer par l'imagination aux lacunes de la tradition.

Mais, de très bonne heure, on fixe les races d'une façon plus vague mais plus vraie par le pays habité. On distingue ceux qui d'après la tradition ont toujours demeuré sur le même territoire, les autochtones, et les nouveaux venus, dont l'immigration a laissé souvenir. Cette méthode de la race locale plus savante est déjà connue d'Hésiode. Se cumulant d'ailleurs avec la méthode généalogique, elle constitue une nouvelle façon de concevoir l'histoire qui a ses fidèles à

presque toutes les époques. Pour en donner un exemple, Krantzius, publie au XVIIme siècle, un certain nombre de travaux sur ce plan : *De Wandalorum vera origine, variis gentibus, crebris e patria migrationibus... etc.*

Chez les grands historiens classiques, la question de race joue un rôle très variable. Hérodote rapporte sans critique les légendes généalogiques telles qu'on les lui raconte. Thucydide examine les origines helléniques sans préjugé et avec perspicacité. Tacite détermine les races germaines et britanniques en tenant compte à la fois des traditions, des migrations, des caractères physiques. Enfin, il semble bien que Tite-Live fasse de la race un vrai facteur historique en déterminant quelle influence le moral des peuples a eu sur le cours des événements, en opposant la fougue gauloise qui fait feu de paille, à la ténacité, à la réflexion romaine.

On peut dire d'une façon générale que la notion de race s'efface de plus en plus. Au XVIIIme siècle, au commencement du XIXme, elle tend à disparaître complètement. Les tendances philosophiques et théologiques lui sont contraires ; un peuple peut être plus particulièrement favorisé par Dieu, mais c'est par sa conduite et ses vertus qu'il mérite ce privilège. Tous les hommes sont également capables de s'élever par la vertu et la pureté des mœurs, surtout s'ils ont un bon gouvernement. Plus l'histoire s'attachait à mettre en relief l'élément moral, l'élément politique, ou l'influence des conditions extérieures, plus elle devait négliger les questions de race et en nier l'influence.

Le XVIIIme siècle a connu la fameuse querelle du comte de Boulainvilliers et de l'abbé Dubos ; on y discuta passionnément des origines germaines, gauloises ou romaines des classes et des institutions. Le but politique immédiat était trop peu dissimulé, l'histoire détournée avec trop de parti-pris de son impartialité et de sa méthode pour qu'on puisse y voir autre chose que l'expression des sentiments d'une époque et non de ses doctrines scientifiques.

Dans la première moitié du XIXme siècle, les précurseurs

des théoriciens de la race sont nombreux. Souvent l'orgueil de classe, l'orgueil national incite tel écrivain ou tel philosophe à proclamer que lui est les siens ont un sang privilégié, destiné aux grandes choses ; mais quelque chose de plus sérieux qu'une simple question de vanité inspire des penseurs comme Niebuhr, Ewald, et tant d'autres : le désir vraiment scientifique d'atteindre les réalités humaines à travers les nuageuses conceptions des philosophes égalitaires. La science des races tend à devenir désintéressée et objective.

On ne saurait dire que le comte de Gobineau l'ait fait beaucoup progresser à ce point de vue ; car il ne dissimule ni ses tendances aristocratiques, ni ses sympathies germaines. Mais son *Essai sur l'inégalité des races humaines* fait époque dans la science historique, car il a formulé le premier, dans toute leur ampleur, les revendications légitimes d'un facteur historique des plus importants. L'ouvrage, qui remonte aux origines de l'humanité, fourmille d'erreurs, d'opinions hasardées, d'hypothèses présentées comme des certitudes et même de contradictions. On les a sévèrement reprochées à l'auteur ; on a voulu attribuer à l'ensemble du travail un caractère fantaisiste qu'il n'a sûrement pas. Aucune science n'est infaillible et le nombre des fautes est forcément proportionné à la hardiesse de l'entreprise. Tout serait-il faux dans les faits concrets, il n'en subsisterait pas moins une nouvelle méthode que l'on peut admettre ou rejeter, qu'il convient en tout cas de discuter. En voici les traits essentiels :

Les races humaines sont inégales : la race noire est tout à fait inférieure ; la race jaune, assez médiocre ; la race blanche de beaucoup supérieure. L'idéal serait qu'elle fut seule sur terre et absolument pure de tout alliage. Mais elle s'est croisée dès l'origine ; il n'est plus guère de type absolument pur. Le croisement est en général néfaste ; pourtant la civilisation grecque eut besoin d'un peu de sang sémite pour se développer. Un instant, le mélange fut réussi, l'esprit équilibré et grandiose de l'aryen s'unit à l'imagination des races mélanisées et l'art grec a brillé. Mais l'instant fut court, le sang

noir afflua et la civilisation politique et intellectuelle fut emportée.

Ainsi se poursuivent les destinées humaines. La généalogie complète de l'humanité est exposée à nos yeux. Les peuples européens sont des mélanges des trois grandes races primitives : les sémites sont les mulâtres des temps antiques ; par eux, la Grèce, les Romains de la décadence, les peuples latins modernes, participent aux caractères physiques et moraux des peuples noirs. Les Anglo-Saxons ont du sang jaune dans les veines, et dans le cerveau, cet esprit positif, pratique, peu imaginatif, qui nous expliquerait pourquoi l'Américain, en quête de plaisir, emprunte aux nègres le *Cake-Walk*. Les Germains sont les plus purs parmi les blancs, les plus dignes représentants des Aryens primitifs. Chaque peuple progresse quand dans ses veines augmente le sang blanc et tombe en décadence lorsqu'il diminue. La race blanche peut seule maintenir et élever le niveau humain. Tous nos vœux doivent aller à son triomphe, au triomphe de ses représentants les plus purs. La vraie histoire d'un peuple, la raison de ses prospérités et de ses défauts est dans sa race.

De cette façon de concevoir et d'écrire l'histoire, on peut dégager quelques principes. Gobineau s'est fait de l'humanité primitive une conception aussi simple que possible : trois races, trois types physiques, trois types de caractères. Des événements historiques ont combiné ces trois éléments primitifs, puis les produits de ces combinaisons, puis les produits de ces produits et ainsi de suite indéfiniment. De telle sorte, que plus on descend le cours de l'histoire, plus les variétés humaines deviennent complexes et nombreuses. Si le point de départ était solide, si on pouvait savoir comment se présentait aux origines la question des races, cette méthode serait excellente et les résultats précieux. Par malheur, cet état primitif, qui pourrait nous aider à comprendre les états dérivés, nous est complètement inconnu. L'existence de trois races, caractérisées par la différence de couleur, est une hypothèse assez peu vraisemblable, peut-être même un peu enfantine.

Toute la partie préhistorique est donc de pure fantaisie. Or l'histoire s'offrant sous forme de déduction d'une préhistoire douteuse reste toujours entachée de son vice initial.

Houston Stewart Chamberlain a compris à merveille quels étaient les points faibles de la théorie de Gobineau. Il fait à cet égard de très justes réflexions et quand, avant de partir en guerre, il nous expose ses plans de campagne on attend avec confiance des résultats sérieux et positifs. Désillusion complète, Chamberlain reste dans l'application pratique de ses théories à l'histoire, à cent coudées au-dessous de celui qu'il prétend corriger. Car si tout est vanité en ce monde, de quel nom appeler le sentiment qui peut porter un homme à se glorifier lui même sans trève dans ses convictions personnelles, sa race et sa nation, à faire une divinité de ces éléments disparates, afin que chaque coup d'encensoir porte également sa fumée à tout ce qu'aime l'auteur, à tout ce dont il dépend. C'est vraiment dommage, car sans cette malencontreuse tendance, Chamberlain aurait fait faire à l'application historique de la théorie des races de très sensibles progrès. Tâchons de passer l'éponge sur le côté défectueux de son œuvre et de mettre en relief les idées originales et fructueuses qui peuvent lui appartenir.

Chamberlain laisse de côté les races primitives qui vraisemblablement nous resteront longtemps inconnues ; il renonce à l'hypothèse qui donne une communauté d'origine aux peuples parlant les langues aryennes. Il énonce même cette vérité, dont il ne tirera d'ailleurs aucun profit, qu'il faut se placer dans le présent pour constater l'existence des races et en déterminer les caractères.

En fait, il se place à l'origine de nos civilisations et imagine l'existence de deux groupes : le groupe celte-germain-slave ou par abréviation « germain » ; et le résidu chaotique de ceux qui par eux ou leurs ancêtres ont pris part à la civilisation grecque et romaine. Quelles que fussent leurs origines, ceux-ci ne pouvaient fournir que de bien tristes éléments, car une loi biologique frappe de déchéance les mélanges de sang trop

considérables, et les individus qui par suite de croisements incohérents et répétés n'appartiennent plus à aucune race. La plupart des pays de l'Europe méridionale, les pays latins notamment, supportent à travers les générations la faute des ancêtres qui s'unirent intempestivement au temps de la splendeur antique.

On peut en conclure facilement que les bons éléments, les vrais créateurs de notre civilisation sont les Germains au sens large du mot. La sainte pureté de leur race a sauvé l'Europe. Nous ne suivrons pas l'auteur dans son apothéose. Accordons-lui que le Germain est et fut toujours libre, fidèle, idéal et pratique et de que l'union de ces qualités naquirent les idées religieuses, politiques et artistiques qui s'harmonisent si bien avec les opinions de l'auteur.

La thèse, en elle-même, a quelque chose de vague et d'inconsistant. Ce que dit Gobineau peut être vrai, faux, banal ou extraordinaire, mais on sait ce qu'il dit et contre qui il en a. Il est plus difficile avec Chamberlain de savoir à quoi s'en tenir. Quels privilégiés admet-il à l'honneur d'avoir fondé la civilisation? Chacun peut se demander s'il en est ou s'il n'en est pas. Français, Italiens, Espagnols peuvent-ils en réclamer quelque chose? L'unité de race des Germains, Celtes et Slaves est très douteuse. Les Celtes, ceux du moins qui nous sont le plus connus, apparaissent comme des brachycéphales de petite taille, inverse du type germain. Qu'ils soient devenus ainsi par dégénérescence, croisement avec des races méridionales, ce n'est guère probable et en tout cas n'est pas démontré. Que même tous les Germains aient formé une seule et même race, c'est une simple hypothèse sur laquelle il est dangereux de bâtir tout un système.

On ne saurait dire que Chamberlain n'a pas une bonne méthode, mais il ne s'en sert absolument jamais. Ainsi a-t-il raison d'affirmer que la race est un fait du présent autant qu'un fait du passé, que nous en prenons conscience par observation plus que par tradition, que chaque époque nous présente ses races avec leurs caractères physiques et moraux

particuliers et que la nature crée continuellement de nouvelles races. Il admet que les mélanges de sang, loin d'être toujours nuisibles, sont parfois une condition nécessaire du progrès. Athènes, à sa plus brillante période, venait de fusionner des individus accourus de tous les côtés; il fut heureux aux Francs et aux Burgondes de s'allier aux Gallo-Romains; aux Saxons, aux Prussiens d'acquérir du sang slave. Sans doute, le mélange n'est pas toujours bon, mais il n'y a rien de bon sans mélange. Mélanger les peuples, les isoler ensuite, telle est la recette pour faire les grandes races.

Tels sont les principes. Il faudrait en conclure que la civilisation moderne n'est pas le produit de la race germaine, le développement du programme germain, l'application des qualités germaines aux circonstances de la vie, mais le produit d'idées nouvelles, de qualités nouvelles et variées résultant des divers mélanges germains avec les peuples les plus divers. Il faudrait prendre le contrepied de la thèse de l'auteur ; affirmer que la civilisation n'est pas germaine, car le Germain par lui-même ne pouvait se civiliser, qu'il n'avait pas les qualités qu'ont ses descendants modernes, et que le vrai facteur de notre histoire n'est pas la grande race germaine, mais les innombrables quantités de petites races différentes de sentiments et d'aptitudes qu'elle a produites.

La méthode et la thèse de Chamberlain sont inconciliables. Abandonnons la thèse et tâchons de profiter de ses idées.

Puisque dans le présent, nous prenons mieux conscience de l'existence des races et de leur importance, la vraie méthode consiste à faire à rebours le chemin parcouru par l'humanité. Le présent nous offre un point de départ précis, nous pouvons y fixer les traits physiologiques et psychologiques d'un groupe quelconque, puis remonter dans l'histoire demander aux documents ce qu'était ce groupe hier, avant-hier, l'année précédente, le siècle précédent jusqu'aux époques les plus hautes que nous pourrons atteindre. Les documents historiques qui intéressent la race sont de deux espèces ; les uns nous apprennent directement quels en étaient les caractères à un moment

donné de l'histoire : crânes, portraits, statues, descriptions du physique ou du moral de notre groupe, d'un ou de quelques individus qui en faisaient partie. D'autres, nous font connaître les événements susceptibles d'avoir conservé ou modifié la race. Invasions, développement commercial, usages matrimoniaux, immigrations dans les villes, etc.

On peut citer comme modèle, le travail d'Hovelacque et Hervé sur les populations du Morvan. Il en existe d'ailleurs bien d'autres sur le même plan. La race est fixée par des observations systématiques faites sur un très grand nombre de sujets et dans les principales localités du pays étudié et ce travail établit la présence de deux races distinctes dont l'une petite, brachycéphale, domine dans les pays montagneux.

Les fouilles faites dans les cimetières découvrent que le même type était dans le passé plus nombreux, plus accentué et occupait un plus grand territoire. L'histoire explique comment le pays a pu pendant longtemps abriter une race peu mélangée. Les routes y furent toujours rares ; le pays étant pauvre, les guerres et les invasions l'ont épargné ; il n'a joué qu'un très modeste rôle politique. La race est restée isolée et si quelque élément étranger s'y introduisait, l'élimination en était rapide.

Des séries d'études ainsi conduites prouvent que la Savoie, la Bretagne, l'Auvergne, la plupart des pays montagneux de l'Europe centrale et occidentale sont habités depuis assez longtemps par des populations ayant un type physique très analogue et vraisemblablement parents.

Ainsi l'ethnologie doit préciser pour chaque époque la nature de ces êtres essentiellement changeants que l'on appelle peuples ou nations et dont on décrit les mœurs, dont on raconte les faits et gestes. L'étude des races est le seul moyen de donner à l'histoire un objet positif. Il ne faut pas — comme on le fait trop souvent — la placer comme introduction d'une histoire nationale ou locale ; en parler pour les périodes les plus obscures sur lesquelles on n'a aucun renseignement précis et la négliger dans les périodes modernes. Elle doit faire corps

avec l'histoire même, se développer avec elle. La race est l'objet de l'histoire, la réalité concrète dont elle expose les aventures, la bonne et la mauvaise fortune.

Un fait ethnologique peut intéresser plus profondément l'histoire que l'anthropologie. Ainsi, par exemple, s'il permet de reconstituer les traits de race d'un personnage ayant joué un grand rôle historique. En 1870, la *Société archéologique de Touraine,* après des recherches très savamment conduites, pouvait mettre à jour et identifier avec une certitude presque complète les ossements de Foulques Nerra, le fameux comte d'Anjou qui, au XI[me] siècle, joua un rôle des plus considérables dans la politique occidentale et qui se rattache par ses ancêtres à la noblesse carolingienne. Les érudits qui assistèrent à cette exhumation ne comprirent pas ou comprirent insuffisamment l'intérêt unique d'une pareille découverte. La tête fut photographiée, mais seulement de face, de telle sorte qu'aucun anthropologue ne peut indiquer à quelle race elle peut appartenir. La forme du crâne de Foulques Nerra est par elle-même un fait historique très important. On voit que les historiens ne doivent jamais oublier l'importance de l'ethnologie.

La race est non seulement un objet de l'histoire, mais les phénomènes de race sont des facteurs historiques. Certains événements doivent être expliqués par le sang et ses mélanges. Pourquoi certains peuples, longtemps sauvages, parviennent-ils tout d'un coup à la vie civilisée ? Comment se créent et se perdent les qualités des peuples? Sans doute, les circonstances extérieures peuvent y être pour quelque chose, mais il il est difficile de croire que les croisements en créant des races nouvelles ne créent pas de nouvelles qualités et de nouveaux défauts. Gobineau eut le grand mérite de faire de cette vérité la base de son travail et le grand tort de trop généraliser et de poser en principe que le croisement est toujours un malheur, d'opposer avec trop d'énergie au fameux préjugé scientifique de son époque « croisons les races », la formule « ne croisons pas les races » également trop absolue. Il eut tort

également de porter sur les races des jugements de valeur et surtout d'affirmer que quelques-unes d'entre elles sont irrémédiablement condamnées à l'infériorité. Sous ces réserves, l'histoire doit devenir gobinienne ou renoncer à tout progrès.

§ 4. — **Races et institutions.** — On parle peu des races en histoire du Droit et certains pensent qu'on devrait en parler encore moins. Car lorsqu'on a parfois essayé d'expliquer telle particularité du Droit d'un peuple par ses caractères de race, l'explication ne résistait pas longtemps. On retrouvait bientôt après la même particularité chez un peuple très différent et n'ayant jamais eu avec le premier aucun point de contact. L'histoire générale donne plus de positivité à ses études en individualisant au moyen de la race les groupes d'êtres humains dont elle raconte les actes, car ce sont des êtres divers qui ont fait des choses diverses. Mais l'historien du Droit qui étudie dans le temps des choses abstraites, des règles de conduite qui n'ont rien de corporel, doit se désintéresser de la forme des crânes d'autant plus qu'en matière d'institutions l'expérience nous montre que les hommes dans les mêmes conditions font à peu près toujours la même chose. La notion de la race serait donc d 'après quelques-uns non seulement inutile mais dangereuse.

C'est fort possible. Il est toutefois indispensable de préciser tout ce qu'affirme implicitement l'historien-juriste qui s'interdit de prononcer le mot « race ».

Il doit évidemment affirmer avant tout que la race n'est pas un facteur dans la création du Droit. Pour lui, rien dans notre constitution physiologique ne pourrait nous faire préférer une institution à une autre. On ne naît pas républicain ou monarchiste, on le devient par réflexion ou éducation. A aucun instant de l'histoire, nous ne devons supposer qu'un peuple en présence d'une difficulté juridique l'ait tranchée dans un sens parce qu'il était dolychocéphale et l'aurait tranché en sens inverse s'il avait été brachycéphale. Par leur nature,

les hommes et les groupes d'hommes sont des êtres juridiques fungibles.

Mais il faut affirmer davantage. Accordons que la race et les institutions n'ont entre elles aucun rapport de causalité. Mais ces deux notions, étrangères d'origine, ont pu être associées, dans leurs destinées historiques, de telle sorte que certaines races qui auraient pu avoir des institutions toutes différentes, en ont pourtant eu d'un certain type, les ont associées à leur revers et à leur prospérité. Les races que nous supposons n'avoir jamais été facteurs d'institutions, n'ont-elles pas été représentantes d'institutions ? Pour exclure la notion de race de l'histoire du Droit, il faut répondre par la négative.

Cette question capitale peut partager notre science en trois écoles, dont les principes seront respectivement :

1° La race est totalement étrangère aux institutions.

2° Les races ont été représentantes d'institutions.

3° La race est facteur d'institutions.

I. — Par leur méthode, la très grande majorité des savants modernes appartiennent à la première école. Les races figurent dans leurs œuvres comme les pions dans un jeu de dames ; elles tirent toutes leurs vertus de la place qu'elles occupent, leur individualité importe peu. Si les éléments ethnologiques d'une nation se modifient, on n'en tient pas compte ; ce n'en est pas moins la même nation, la même constitution, le même Droit qui vit et se développe devant nous. Le Droit romain est ainsi étudié comme un tout, sans tenir compte, ni de la diversité des races originaires, ni de la diversité des peuples qui sont venus se fondre dans la grande cité.

Si ceux qui agissent ainsi avaient à justifier cette méthode, ils pourraient peut-être ne pas répondre exactement de la même façon.

Les uns considèrent que le Droit est à un peuple ce que l'âge est aux individus. L'homme est enfant, adulte et vieillard quelle que soit sa race. Ainsi les civilisations vont de l'enfance à la vieillesse à travers les mêmes péripéties. Les transformations physiques et morales que nous subissons

dans notre vie, sont identiques pour tous les hommes. Qui connaît une vie humaine connaît les grandes lignes de toutes les vies humaines, et qui connaît l'évolution d'un Droit connaît l'évolution de tous les Droits. Il y a entre les législations des différences d'âge, il n'y a pas de différence de nature, et par suite pas de différence de race.

Qu'y a-t-il d'exact dans cette comparaison ? Tous les hommes n'ont pas le même âge, car ils ne sont pas venus à l'existence en même temps. Mais on ne comprend pas pourquoi tous les peuples qui, à un moment donné, se trouvaient sur la surface de la terre n'ont pas grandi, prospéré et vieilli aux mêmes heures. N'est-ce point l'inégalité de constitution physique, de capacité mentale qui retint les uns pendant des siècles dans leurs coutumes primitives alors que les autres se développaient rapidement ?

Admettons qu'il n'en soit rien, que les peuples suivent tous le même chemin juridique et que ce ne soit pas leur race qui les fasse progresser plus ou moins vite. Il n'en est pas moins incontestable que les vitesses respectives sont très inégales et que des races avancées ont été mises en contact avec des races retardataires. Que s'est-il passé ? Le phénomène juridique a-t-il pu rester alors indépendant du phénomène ethnologique ?

D'autres juristes adversaires des races viennent se heurter à la même difficulté, mais en passant par un autre chemin. L'humanité entière, pensent-ils, a la même prédisposition juridique, et si les peuples divers ne créent pas exactement le même Droit, c'est qu'ils sont placés dans des conditions différentes ; ils ne se heurtent pas aux mêmes difficultés. Sont devenus les premiers monogames, les peuples chez qui les femmes étaient le plus rares et qui avaient le plus de peine à les entretenir ; ont adopté la propriété privée des terres, les peuples sédentaires, désireux de ne pas s'éloigner d'un centre et pour qui les terres ainsi placées avaient une valeur particulière. Le Droit s'expliquant en entier par les circonstances extérieure, on n'a que faire de la race. Qu'il y ait eu aux origines romaines des Nègres ou des Chinois dans les vallées du

Pô et du Tibre, la civilisation romaine, son évolution et les transformations de son Droit se seraient présentées sous les mêmes formes. A ces seconds théoriciens, nous poserons la même question. Deux races ont reçu, des situations diverses qu'elles ont traversées, des Droits différents. Le hasard les met en contact ; quel va être le résultat ?

Peut-on imaginer la fusion, la juxtaposition, l'action de deux Droits l'un sur l'autre comme un phénomène purement intellectuel auquel la race est étrangère ? Les conceptions les plus avancées, ou bien les mieux appropriées aux circonstances, vont-elles forcément triompher sans que les groupes juxtaposés se fondent physiologiquement l'un dans l'autre ? La confarreatio, comme forme de mariage romain, disparut-elle parce que les patriciens, sans changement de race, se détachèrent de leurs traditions, ou faut-il croire que ces patriciens de couche récente n'avaient plus la pureté du sang de leurs ancêtres ? Les vieux Romains étaient-ils susceptibles d'adopter, par simple intérêt ou réflexion toutes les nouveautés, et les nouveaux venus de s'éduquer dans l'esprit traditionnel et en conserver tous les bons éléments ? Alors l'origine des masses qui influent sur l'élaboration et l'interprétation du Droit est indifférente. Chacun est apte à travailler à l'édifice dont le plan est dressé d'avance dans la raison humaine.

Cette thèse est très difficile à admettre d'une façon absolue. L'observation établit d'une façon incontestable que l'homme a pour ses institutions un certain attachement conscient ou inconscient, plus ou moins énergique suivant les branches du Droit qui sont en question et la ténacité des peuples en présence. De telle sorte que sous la forme de discussion rationnelle, de vraies luttes de races se poursuivent au sein des peuples d'origines diverses, et nous ne comprendrons rien à leurs dissensions intérieures sans la connaissance de cette variété d'origine. L'esprit progressiste peut d'ailleurs aussi bien que l'esprit conservateur dépendre de la race. Lorsque par admiration pour d'autres institutions, un peuple change les siennes, c'est qu'il se trouve dans un certain état d'esprit

qu'il tient de son passé et un autre peuple mis à sa place n'agirait pas comme lui. Le pouvoir de raisonner *in abstracto* sans préjugé, de se détacher absolument du passé n'est pas donné à tous. C'est encore une question de race.

De telle sorte, qu'en faisant aux adversaires des races toutes les concessions qu'ils peuvent demander, malgré tous les efforts pour en réduire le rôle au strict minimum, il n'en reste pas moins établi qu'une histoire juridique en négligeant la race se condamne à une interprétation incomplète des causes.

II. — Il y a donc des groupes qui, dans l'histoire, ont représenté certaines formes juridiques. Quiconque adopte une langue en devient un agent de propagation; quiconque adopte des mœurs, des coutumes tend à les faire connaître et à les répandre. L'humanité a présenté à tout instant de son histoire une très grande variété à cet égard. Il nous est peut-être donné à nous de considérer les Droits civilisés comme le développement d'une même coutume primitive ; mais les peuples anciens ne s'en doutaient guère et se croyaient les vrais propriétaires de leurs institutions. Ils en étaient fiers et avares, car ils en attribuaient l'origine soit à une faveur de la divinité, soit à la sagesse de leurs ancêtres. L'histoire des Droits ne peut être détachée de l'histoire des groupes qui ont représenté ces Droits.

Or ces groupes sont jusqu'à des époques assez récentes des races. L'unité juridique concorde avec l'unité ethnologique. Même quand plusieurs races s'associent pour former une nation, elles conservent chacune leurs usages et ce n'est que peu à peu qu'on arrive à la fusion. Y arrive-t-on même jamais complètement ? Il n'est pas prouvé que chez les peuples les plus unifiés, soumis depuis le plus de temps aux mêmes textes, la tradition soit tout à fait éteinte et que chaque race ne fasse pas de ces textes un usage un peu particulier. En tout cas, pour le passé, il ne saurait y avoir de doute. Le principe de la personnalité des lois laisse chaque groupe primitif représenter ses traditions dans l'intérieur de la nation ; le système de la

territorialité résulte soit d'une fusion du sang de la population, soit de la contrainte du seigneur qui impose à ses sujets ses propres conceptions juridiques. Dans ce dernier cas, les sujets réagissent et parviennent à obtenir la reconnaissance de leurs usages. Ces coutumes locales, se fusionnent peu à peu en coutumes de plus en plus générales. Le rôle de la race paraît se réduire à rien. Mais même lorsqu'un Droit en absorbe un autre, ce phénomène de fusion ne peut se détacher de l'histoire et de la psychologie respectives de ceux qui ont joué le rôle actif et de ceux qui furent passifs.

III. — Posons-nous une dernière question, la plus douteuse et aussi la plus importante. Chaque race humaine a son aspect physiologique particulier, nous lui attribuons des tendances intellectuelles et morales spéciales ; a-t-elle aussi des tendances juridiques particulières, un Droit qui lui est propre non seulement parce que les circonstances le lui ont fait acquérir, mais parce qu'il est mieux approprié à sa psychologie ? La race est-elle facteur d'institution ?

La logique paraît dire « oui » et l'expérience « non ». Le Droit étant un produit de la pensée, si la race agit sur la pensée, elle doit aussi agir sur les conceptions juridiques, et pourtant on ne saurait pour le moment indiquer une institution spéciale à une race, qu'elle ait toujours et que les autres n'aient jamais. Il ne paraît pas non plus très solidement établi que les Droits de races parentes se ressemblent toujours davantage que les Droits de races étrangères.

A vrai dire, de ces constatations on ne saurait conclure grand chose. Le sang, l'hérédité, la conformation physique ne forment pas le seul facteur juridique. Les agents les plus incontestés de la création du Droit n'agissent jamais seuls, n'agissent pas toujours avec la même énergie. Ainsi les habitants des montagnes et les habitants de la plaine n'ont pas non plus des institutions ayant des traits caractéristiques permanents, que l'on puisse retrouver partout et toujours. Il faut évidemment pour retrouver le facteur-race des comparaisons juridiques conduites avec rigueur de logique et minutie.

Avec rigueur de logique, il faut chercher si quelque chose varie, quelque chose est commun quand la race est commune et observer autant que possible des groupes qui se trouvent dans un même état de civilisation, dans une situation générale analogue. Les enfants et les peuples enfants nous paraissent se ressembler de très près et être très différents des vieillards et des peuples âgés. Et pourtant chacun de ces enfants pourra, dans les diverses phases de sa vie, rappeler ce qu'était l'un de ces vieillards au même âge et non pas ce qu'était l'autre. Ainsi devons-nous comparer civilisation et législation en tenant compte des périodes de la vie des peuples.

Si elles existent, ces caractéristiques juridiques des races ne peuvent pas se présenter à nous, comme le nez au milieu du visage, sous forme d'une institution complète, spéciale, propriété exclusive d'un certain Droit. Chaque Droit est une combinaison d'institutions, de même que chaque homme est une combinaison d'éléments intellectuels et moraux. Enumérer les diverses dispositions que contiennent les textes, n'est pas faire connaître la vraie physionomie d'un Droit. Un trait de caractère peut avoir la prépondérance dans la direction de notre vie ; une même institution peut se retrouver dans deux législations différentes, mais jouer un rôle très modeste dans l'une, capitale et tyrannique dans l'autre. L'idée de caste domine tous les éléments du Droit hindou, et l'idée de composition les *leges* germaines. Même dans nos codes modernes, alors qu'en théorie tout ce qu'a voulu le législateur ait la même force présumée, les dispositions sont loin d'avoir la même vigueur pratique et l'égalité des lois entre elles est une fiction comme l'égalité devant la loi. Il convient donc de comparer les législations non seulement par leur contenu mais par leur physionomie synthétique.

On peut craindre que cet aspect des institutions soit difficile à constater d'une façon matérielle et objective. Etudions alors les textes dans leur disposition concrète, mais étudions-les dans les détails analytiques les plus minutieux. Une insti-

tution observée dans ses traits généraux peut nous paraître identique dans plusieurs pays, mais soumise au microscope de l'analyse, elle nous apparaîtra comme exprimant des tendances et des désirs bien différents. Ainsi des féodalités française, allemande, anglaise et espagnole ; elles surgissent aux mêmes époques, jouent un rôle social en apparence analogue, répondent à certains principes juridiques communs, mais étudiées dans leur application dénotent des mentalités très différentes.

Pourquoi pensons-nous que les caractères de race dans les institutions sont en deçà ou au delà des points où on les cherche en général, dans l'ensemble le plus général ou dans le petit détail et non pas dans les traits concrets les plus apparents ? Parce qu'ainsi se manifeste l'individualité de toute chose. Les hommes révèlent leur vrai caractère par de tout petits traits ou par l'ensemble de leur vie, par une description complète ou par l'empreinte du pouce. Et pour donner la raison après la comparaison, en matière juridique, les peuples peuvent adopter des constitutions et des lois parce qu'elles ont du prestige ou qu'ils les jugent rationnellement bonnes ; dans les traits généraux les circonstances contrarient le naturel. L'ensemble et le détail échappent à l'attention ; les prédispositions de chacun s'y épanouissent en pleine inconscience. Un même code pourra être observé par des nations diverses ; mais les prescriptions n'auront pas les mêmes chances de se développer, et dans l'organisation des innombrables détails auxquels on n'attache pas grande importance, le tempérament de chacun se trahira.

De telle sorte qu'il n'y a peut-être pas grand chance de découvrir des caractères purement juridiques de race. La différenciation en sera plutôt de nature psycho-juridique. Gobineau prétend que les Aryens et leurs représentants les plus purs — les Germains — ont plus que les autres races l'amour de la liberté ; ce sentiment les a portés autrefois à équilibrer le pouvoir des rois par le pouvoir des grands, et a fait naître plus tard les régimes parlementaires et représentatifs ; tandis

que les peuples sémitisés tiennent de leur parenté nègre une docilité d'esprit qui les fait prospérer davantage dans le despotisme et qui leur fait d'instinct transformer les institutions les plus libérales en institutions autoritaires. Le fait peut être aussi bien faux que vrai, car on ne saurait tirer une conclusion aussi générale de quelques exemples superficiels. Mais ce sont bien peut-être des influences de ce genre qui sont exercées par la race sur les législations. C'est-à-dire qu'une étude juridique des races nous paraît devoir se déduire d'une étude psychologique des races ; de telle sorte que nous serions tenté de n'attribuer à la race que des tendances juridiques psychologiquement interprétées. Il serait ainsi peu probable par exemple — avant tout examen des faits — que les tendances à l'impérialisme, à l'universalité soient, comme le veut Chamberlain, la conception raciale des héritiers de Rome, tandis que le nationalisme serait plus conforme aux instincts germains, car nous ne saisissons pas l'élément de psychologie individuelle auquel une pareille tendance peut correspondre.

IV. — Il se pourrait d'ailleurs que dans la description de chaque institution, de son rôle dans l'ensemble du Droit comme dans ses détails, nous ne trouvions rien qui soit propre à la race. Nous dirons que celle-ci n'est pas facteur de Droit concret. Les formes juridiques nous apparaîtront comme purement intellectuelles, dégagées des tendances instinctives qui différencient les hommes d'origines diverses. Elles seront le produit de forces psychologiques générales, communes à tous, et modifiées uniquement par le milieu. Mais même dans ce cas, le facteur ethnologique ne serait pas exclu comme cause de Droit, car il peut être impuissant à créer des formes, mais intervenir efficacement pour les faire adopter à un moment donné. Si les étapes sont les mêmes pour tous, de quelle nature est la faculté de brûler ces étapes ou de les prolonger ? Supposons que tous les peuples, à un moment de leur développement intellectuel, usent de la « composition ». Selon que par tempérament, ils seront plus intéressés ou plus vindicatifs, ils pourront plus ou moins facilement renoncer à la ven-

geance pour une somme d'argent et abandonneront plus ou moins vite la vengeance privée.

Enfin, même si les races sont des êtres juridiquement neutres, le fait qu'elles restent isolées ou qu'elles se mélangent est-il sans intérêt pour le Droit ? N'y a-t-il pas des institutions qui sont propres aux races pures, quelle que soit leur psychologie naturelle, et d'autres aux races mélangées quels que soient les éléments du mélange ? La race pure présente une unité de caractère et d'idéal, qui permet de l'enserrer plus étroitement, de la solidariser pour un travail commun. Les peuples de races mélangées apparaissent dans l'histoire agités d'idéals divers, incapables de travailler à une œuvre unique et ne pouvant prospérer que par des institutions libérales. Le problème se pose alors pour ces civilisations de laisser des esprits qui s'excluent, se repoussent, ont les uns à l'égard des autres une aversion instinctive et profonde, le droit de s'ignorer suffisamment pour pouvoir vivre côte à côte, s'aider et même collaborer ensemble. Ici la logique et l'histoire paraissent bien d'accord.

La théorie des races, son application du Droit mérite d'être minutieusement conduite pour donner des résultats positifs ; elle a jusqu'à présent toutes les présomptions en sa faveur.

LITTÉRATURE SUR LA THÉORIE DES RACES

FINOT. *Le préjugé des races,* p. 49 : « Lorsqu'on examine les conditions qui accompagnent la naissance de races nouvelles dans le règne végétal et animal, on s'aperçoit facilement qu'un gouffre profond les sépare des races humaines. Ni les sources de la différenciation de l'humanité, ni les traits saillants de ses subdivisions, ni leur évolution successive, ni la transplantation des races diverses et leur retour au point de départ, ni les facteurs qui provoquent les changements extérieurs chez les hommes ne sont identiques dans les trois règnes ».

Id. p. 50 : « Chose plus significative : dans la longue évolution de l'humanité, nous ne rencontrons aucunement ces phénomènes étranges qui ont fait naître les théories sur la mutation des espèces ou encore mieux la « transformation explosive » de Standfuss ou le « progrès spasmodique » de Vries ».

Id. p. 69 : « D'après lui (A. Gauthier), chaque fois qu'il y a variation et production d'une nouvelle race, non seulement les caractères anatomiques et histologiques du nouvel être varient, *mais encore la structure et la composition même de ses plasmas* ou du moins des produits immédiats de leur fonctionnement.

...En un mot race nouvelle veut dire variation profonde des plasmas ».

Novicow. *L'avenir de la race blanche*, p. 74 : « Race est un ensemble de traits morphologiques. Mais quels traits ? L'incertitude commence à partir du moment où l'on pose cette question. Pour les uns, l'indice céphalique est tout ; pour les autres, c'est la couleur de la peau, la section des cheveux et différents autres traits choisis d'une façon purement arbitraire. On a beau chercher un point fixe pour poser les pieds, le sol mouvant des classifications se dérobe constamment. Quand on pousse plus loin l'analyse, on s'aperçoit que la race comme l'espèce, est dans une certaine mesure une catégorie subjective de notre esprit, sans réalité extérieure ».

Id. p. 79 : « Certes, il doit y avoir une relation entre la conformation du cerveau et l'intelligence, mais nous ne savons pas encore laquelle. Notre ignorance vient de la grossièreté de nos moyens d'investigation. Qu'il y ait une corrélation entre la multiplication des ramilles des cylindres axes et le nombre de nos connaissances, c'est hautement probable ; mais que les facultés mentales correspondent *uniquement* à un fait aussi grossier que la forme du crâne, on peut en douter très sérieusement ».

Scheitlin, cit. par Brehm. *Thierleben*, Ed. 1880. Säugethiere, I, 581 : « So gross die leibliche Verschiedenheit der Hunde ist, die geistige ist noch viel grösser ; denn die einen Hundearten sind völlig ungelehrig, die anderen lernen alles mögliche augenblicklich. Die einen kann man nicht, die anderen schnell ganz zähmen, und was die einen hassen, das lieben andere. Der Pudel geht von selbst ins Wasser, der Spitz will immer zu Hause bleiben... ».

Brehm. *Thierleben*, p. 614 : « Die Dächsel sind klug, gelehrig, treu, munter und angenehm, wachsam und von Fremden schwer zu Freunden zu gewinnen, leider aber auch listig und diebisch, im Alter ernst, mürrisch bissig und oft tückig : sie knurren und fletschen die Zähne, sogar gegen ihren eigenen Herrn. Gegen andere Hunder äusserst zänkig und kampflustig... ».

Forel. *La question sexuelle,* p. 28 : « Si nous comparons entre elles diverses familles, riches en enfants, nous remarquons que les frères et sœurs se ressemblent d'autant plus les uns aux autres que leurs parents sont plus semblables et proviennent d'un clan ou d'une ascendance uniforme et peu croisée, tandis qu'en revanche le croisement de diverses races et variétés humaines donne des produits extrêmement différents les uns des autres, lors même qu'ils proviennent du même couple ».

Delaunay. *Bulletin de la Soc. d'anthropol.* T. VI, IIIme série, p. 892 : « Il est permis de se demander si des races européennes supérieures n'ont pas disparu. Les races des cavernes, des cités lacustres avaient le crâne plus capace que les races actuelles et devaient être des races supérieures.

Manouvrier. *La quantité dans l'Encéphale,* 1885 : « L'accroissement de la masse du corps est une cause d'accroissement du poids absolu et de diminution du poids relatif de l'encéphale. Le poids relatif du cerveau marche en sens inverse de la taille ou du poids du corps ou, mieux encore, du poids squelettique ».

Ernest Seillière. *Le comte de Gobineau et l'aryanisme historique,* p. 2 : « L'aryanisme historique est parti du féodalisme au dix-huitième siècle, s'est appuyé sur le germanisme au début du dix-neuvième et a endossé un peu plus tard l'uniforme oriental, qui lui a laissé son apparence définitive ».

Gobineau. *Essai sur l'inégalité des races humaines,* p. 26 : « Si les races humaines étaient égales, elles auraient, dès les premiers jours du monde, égayé la face du globe par une foule de civilisations simultanées et identiques également florissantes ».

« Si donc, il faut admettre que, pour un nombre très important d'humains, il a été impossible et l'est à jamais de faire même le premier pas vers la civilisation ; si en outre nous considérons que ces peuplades se trouvent dispersées sur la face entière du monde, dans des conditions de lieux et de climats les plus divers, habitant indifféremment les pays glacés, tempérés, torrides, le bord des mers, des lacs et des rivières, le fond des bois, les prairies herbeuses ou les déserts arides, nous sommes induits à conclure qu'une partie de l'humanité est, en elle-même, atteinte d'impuissance à se civiliser jamais... ».

P. 32 : « ...je dis qu'un peuple ne mourrait jamais en demeurant éternellement composé des mêmes éléments nationaux. Si l'empire de Darius avait encore pu mettre en ligne, à la bataille d'Arbelles, des Perses, des Arians véritables ; si les Romains du Bas-Empire avaient eu un Sénat et une milice formés d'éléments ethniques semblables à ceux qui existaient au temps des Fabius,

leurs dominations n'auraient pas pris fin et, tant qu'ils auraient conservé la même intégrité de sang, Perses et Romains auraient vécu et régné ».

T. II, p. 50 : « La gloire homérique, non plus qu'athénienne, n'a jamais été égalée... Certainement elle restera à jamais sans rivale, parce que des combinaisons de races pareilles à celles qui la causèrent ne peuvent plus se représenter ».

Houston-Stewart Chamberlain. *Zur Abwehr, Beil z. allgem. Zeit.* 1907, 86.

« Während Gobineau eine weltgeschichtliche These verficht, von der ich glaube, dass sie schon in ihren grundlegenden Voraussetzungen nicht nur unbeweissbar, sondern fast sicher falsch ist, falsch schon darum, weil die Gedanken, die ihr zu grunde liegen, wohl menschlich plausibel sein mögen, der wahren Verwandschaft aber zu der ausser — und über menschlichen Natur ermangeln — habe ich, da ich mir ein weit beschränkteres Ziel gesteckt auch einen weitbescheideneren Flug unternommen : mit Vermeidung aller prähistorischen Spekulationen die unleugbaren Tatsachen der Geschichte so zu gruppieren und so zu beleuchten, dass sie der wahreitsgemässen und lebendigen Erfassung der Gegenwart dienen. »

« Dass diese unsere neue Zivilisation und Kultur... im wesentlichen eine Schöpfung des von Linaeus Homo europæus getauften Menschenschlags genannt werden kann, ist meines Eraichtens eine beweisbare Thatsache, und die Kenntnisse dieser Thatsache ist darum von grosser Wichtigkeit, weil sie gleichsam der körperliche Kern bleibt für die richtige Schätzung des unermesslichen Wertes einer solchen kulturellen Kollectivpersönlichkeit ; der grösseren Verbreitung dieser Einsicht zuliebe habe ich es vorgeschlage, den gelehrten lateinischen Namen durch die Bezeichnung « Slavokeltogermane » zu ersetzen, oder abgekürzt « Germane ».

Die Grundlagen... etc... p. 274 : « Wir kehren den Spiess um und sagen : dass es welche giebt, ist evident ; dass die Qualität der Rasse entscheidende Wichtigkeit besitzt, ist eine Thatsache der unmittelbaren Erfahrung ».

Adolf Bastian. *Das Beständige in den Menschenrassen*, p. 26 cité par Chamberlain : « Was wir in der Geschichte bemerken, ist keine Umwandlung, kein Uebergehen der Rassen ineinander, sondern es sind neue und vollkommene Schöpfungen, die die ewig junge Produktionskraft der Natur aus dem Unsichtbaren des Hades hervortreten lässt ».

Alexandre de Salies. *Histoire de Foulques Nerra, comte d'Anjou*, p. 479 : « ...nous devons dire un mot, au moins, de la

tête de Foulques Nerra dont notre planche reproduit la photographie prise d'après nature. Il est impossible en voyant cette tête de n'être pas frappé de son caractère. En même temps qu'elle est d'une largeur considérable et qu'elle présente des pommettes fort saillantes, elle a le crâne très surbaissé et l'espace du nez à la machoire inférieure extrêmement long. Ces caractères, à eux seuls, ne peuvent toutefois permettre à l'anthropologie de déterminer sûrement à quelle race cette tête doit être rattachée. Il faudrait voir aussi, il faudrait voir surtout le profil, et la science doit regretter qu'on n'ait pas songé à le prendre... (M. de Quatrefages) sur des données incomplètes, n'a pas voulu hasarder une opinion et tout en disant que, d'après son extrême largeur, cette tête paraissait être brachicéphale, et se rattacher dès lors aux plus vieilles races européennes, il a fait toute espèce de réserves... L'anthropologie n'a pas été seule lésée, du reste, par l'oubli commis. L'histoire a dû renoncer, elle aussi, à retrouver l'origine première de ces hardis Ingelgériens, pour qui la féodalité ne fut pas seulement un champ de bataille, mais encore le marchepied des trônes ».

Hovelacque et G. Hervé. *Recherches ethnologiques sur le Morvan.* 1894, p. 9 : « Le Morvan pour l'anthropologiste, c'est sans doute, avant tout, la race morvandelle, mais c'est aussi le pays morvandeau. Si le pays n'a pas créé la race suivant une formule fautive dont on a abusé, du moins est-il permis de dire qu'il l'a protégée, conservée, jusqu'à un certain point façonnée, soit par les obstacles matériels qu'il opposait à ses croisements, soit par la nature infiniment restreinte des ressources qu'il lui offrait ».

P. 37 : « En réalité, qu'il le doive à la race ou au sol ou à ces deux causes réunies, l'indigène du Morvan n'a jamais été confondu pas plus qu'il ne s'est confondu lui-même avec l'habitant du bas pays ».

P. 99 : « Désireux de nous former une opinion sur une matière traitée jusque-là soit en passant, soit sans la connaissance préalable des éléments du problème ; convaincu que la solution pour être bonne, ne pouvait résulter que d'une analyse minutieuse portant sur les principaux caractères anthropologiques, envisagés chacun isolément, d'une question en quelque sorte monographique — analyse qui de plus procéderait par cantons, parfois même par commune — nous n'avons pas reculé devant une longue enquête, au cours de laquelle nous avons successivement interrogé, sur place et au laboratoire, la forme et les dimensions du crâne, la couleur des yeux et celle des cheveux, la taille, les traits du visage... etc... ».

Durkheim. *Les règles de la méthode sociologique,* p. 133 :

« Les formes d'organisation les plus diverses se rencontrent dans des sociétés de même race, tandis que des similitudes frappantes s'observent entre des sociétés de races différentes. La cité a existé chez les Phéniciens, comme chez les Romains et les Grecs ; on la trouve en voie de formation chez les Kabyles. La famille patriarcale était presque aussi développée chez les Juifs que chez les Indous, mais elle ne se retrouve pas chez les Slaves qui sont pourtant de race aryenne... S'il en est ainsi, c'est que l'apport psychique est trop général pour prédéterminer le cours des phénomènes sociaux. Puisqu'il n'implique pas une forme sociale plutôt qu'une autre, il ne peut en expliquer aucune ».

Kant, Op. cit. « So viel ist wohl mit Wahrscheinlichkeit zu urteilen : dass die Vermischung der Stämme, welche nach und nach die Charactere auslöscht, dem Menschengeschlecht, alles vorgeblichen Philanthropismus ungeachtet, nicht zuträglich sei. »

Gobineau. Op. cit. I, p. 89 : « Plus une race se maintient pure, moins sa base sociale est attaquée parce que la logique de la race demeure la même... Avec les mélanges de sang viennent les modifications dans les idées nationales ; avec ces modifications, un malaise qui exige des changements corrélatifs dans l'édifice. Quelquefois ces changements amènent des progrès véritables, et surtout à l'aurore des sociétés... Ensuite quand les variations se multiplient au gré de multitudes hétérogènes et sans convictions communes, l'intérêt général n'a pas toujours à s'applaudir des transformations ».

H.-St. Chamberlain. *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts,* p. 319 : « Doch bis heute ist es uns noch nicht gelungen, alle Gifte jenes Chaos aus unserem Blute zu entfernen. Auf weiten Gebieten behielt schliesslich das Chaos doch die Oberhand. Ueberall wo der Germane nicht zahlreich genug auftrat, um physisch die übrigen Einwohner durch Assimilation zu überwinden, also namentlich im Süden, machte sich das chaotische Element immer mehr geltend. Ein Blick auf unseren heutigen Zustand zeigt, wo Kraft ist, wo nicht, und wie dies von der Zusammensetzung der Rassen abhängt ».

P. 502 et suiv. : « Und nun wollen wir versuchen, einen Blick in die Tiefen der Seele zu werfen. Welches sind die spezifischen geistigen u. moralischen Kennzeichen dieser germanischen Rasse ?... Trotz aller Kriegesstürme,... blieben Freiheit und ihr Korrelat, der Staat,... durch alle Zeiten hindurch das gestaltende und erhaltende Ideal...

Damit das stattfinden konnte, musste sich jener zu Grunde liegenden gemeinsamen « arischen » Anlage zu freier Schöpfungskraft

ein weiterer Zug beigesellen : die unvergleichliche und durchaus eigenartige germanische Treue ».

P. 510 : « ...der Germane ist der idealste, doch zugleich der praktischste Mensch der Welt... »

Fustel de Coulanges. *La Gaule romaine,* p. 97 : « La population et la race (de la Gaule) ne furent pas modifiés (par la conquête romaine). Il n'y eut ni émigration des Gaulois ni introduction de beaucoup d'Italiens ».

Finot. *Le préjugé des races,* p. 387 : « ...arrêtons-nous un instant aux guerres romaines qui ont dévasté la Gaule et influé d'une façon décisive sur ses destinées... les Gaulois furent pour la plupart détruits lors de ces guerres meurtrières ».

Fustel de Coulanges. *L'invasion germanique et la fin de l'Empire,* p. 558 : « ...L'invasion du Vme siècle n'a apporté ni un sang nouveau, ni une nouvelle langue... Elle n'a pas substitué, sur la terre gauloise, un caractère et un esprit germanique au caractère et à l'esprit gallo-romain ».

Finot. op. cit. p. 393: « Du reste le pays était tellement dévasté, la population tellement rare, que le sang des Germains devait bientôt remplacer abondamment celui des Gaulois ».

CHAPITRE IV

La sélection dans le Droit et par le Droit.

BIBLIOGRAPHIE. — Darwin, *Les origines des espèces;* — V. Hartmann, *Le Darwinisme*, ch. V. ; — Lamarck, *Zoologische, Philosophie* ; — Weismann, *Vorträge über Deszendenztheorie*, 1902 ; — De Greef, *Le transformisme social ;* — E. de Laveleye, *Le socialisme contemporain ;* — Jacoby, *Etudes sur la sélection ;* — H. Spencer, *Principes de biologie : Principes de sociologie ; Statistique sociale ;* — Yves Delage, *Les problèmes de l'évolution :* — Plate, *Ueber die Bedeutung des Darwinschen Selektionsprinzipes*, 1903.

Kraemer, *Die Controverse über Rassenkonstanz*, v. bibliogr. de cet ouvrage ; — Bernard, *Les croisements et la sélection au point de vue des intérêts économiques de l'éleveur*, 1882 ; — Justinus, *Allgemeine Grundsätze zur Vervollkommung der Pferdezucht*, 1815 ; — H. von Nathusius, *Vorträge über Viehzucht und Rassenkentnnis*, 1890 ; — Vicomte de Villebresme, *Théorie pratique et economique de l'élevage.*

Galton, *Discontinuity in Evolution; natured Inheritance* ; Otto Ammon, *Les phases naturelles de l'Ordre social;* Trad. Muffang, 1900 ; — De Lapouge, *Sélections sociales ;* — Faivre, *De la variabilité des espèces ;* — Delaunay, *De la disparition des êtres supérieurs. Bullet. de la Soc. d'Anthrop.* I. VI. 3e sér. ; — Collins, *La philosophie de Herbert Spencer ;* — Haycraft, *Natürliche Auslese und Rassenverbesserung ;* — Otto Seeck, *Geschichte des Unterganges der antiken Welt.*

Gina Lombroso, *I vantaggi della degenerazione*, 1904.

V. encore Haeckel, Woltsmann, Reibmayer, Kuhlenbeck et la plupart des ouvrages cités aux deux chapitres précédents.

Tous les hommes n'ont pas pris la même part à la vie juridique, à la confection du Droit. Des peuples, des fractions de

peuples, de nombreux individus, ont disparu sans laisser de traces; leur esprit juridique, leurs coutumes sont rentrés dans le néant. Les guerres internationales et civiles, les maladies, les conditions de la reproduction ont fait le choix de l'humanité qui devait faire les lois. Au banquet de la vie juridique, il y eut aussi nombre d'infortunés convives qui n'ont eu qu'un jour. Et parmi ceux qui ont vécu et fondé des familles, il en est beaucoup qui ont été écartés plus ou moins violemment de la confection du Droit, qui ont obéi aux textes, subi des jugements, mais n'ont laissé nulle part l'empreinte de leur pensée.

Ces éliminations physiques et morales sont nombreuses et incontestables. Sans doute le Droit ne serait pas ce qu'il est, si elles n'avaient pas eu lieu. L'historien juriste doit les constater et préciser de son mieux de quelle portion humaine les vieux textes nous ont conservé les idées.

Cette élimination continuelle porte chez certains biologues et sociologues le nom de sélection. Elle n'est pas, pour eux, l'effet du hasard, mais d'une loi bienfaisante qui agit chez tous les êtres vivants. Par elle, sont mis de côté ceux dont l'existence eût empêché ou retardé le progrès humain. Triomphent dans la lutte pour la vie, les plus forts, les meilleurs, les mieux adaptés, ceux qui sachant le mieux se plier aux circonstances savent aussi mieux plier le Droit aux circonstances. La sélection — telle que Darwin l'a présentée — épure et fait progresser le monde moral comme le monde physique et, s'il en est ainsi, l'historien doit la mettre au premier plan des facteurs historiques, qu'il s'agisse d'expliquer l'évolution du Droit ou de tout autre élément de la civilisation.

Ce problème principal dans le domaine des Institutions en soulève deux accessoires.

Les diverses législations que nous aurons à étudier et qui sont toutes jusqu'à un certain point des instruments d'élimination, sont-elles aussi des instruments de sélection? Favorisent-elles les plus aptes au détriment des moins aptes? Est-il des institutions qui ont eu plus spécialement ce caractère et devons-nous dans le cours de l'histoire donner notre apprécia-

tion sur leur rôle à cet égard ? Tel est le problème de la sélection en histoire du Droit.

Enfin devons-nous perfectionner nos Droits à cet égard ; veiller au progrès physique et moral de l'humanité avec des méthodes semblables ou analogues à celles qu'emploient les éleveurs pour obtenir des animaux, des fruits et des légumes de choix ? Tel est le problème de la sélection en législation.

§ 1. — **Élimination et sélection.** — Le procedé le plus efficace d'élimination parmi les humains est la guerre de peuple à peuple. Les guerres anciennes étaient souvent exterminatrices : des peuples, des villes étaient complètement anéantis. Rome a ainsi à son actif la destruction de Carthage, de Corinthe, des Cimbres et des Teutons et de bien d'autres dont la disparition a été complète. Les épidémies pouvaient aussi autrefois détruire des groupes entiers. De nos jours, guerres et maladies n'exterminent pas physiquement les peuples. Elles agissent en modifiant leur composition interne. Le vainqueur comme le vaincu perd une partie de sa population. La lutte pour la vie se fait entre sujets du même pays ; soumis aux mêmes épreuves, les uns subsistent, d'autres disparaissent.

Les peuples ne luttent plus pour l'existence physique, mais pour l'existence économique, politique et jusqu'à un certain point juridique. Le peuple vaincu perd dans la guerre les moyens de s'enrichir et d'influer sur le monde commercial ; il perd quelquefois le droit de se gouverner lui-même. Mais plus souvent encore, en conservant une certaine richesse et son autonomie politique, son prestige est sensiblement atteint. On s'écarte de ses institutions ; il en est lui-même dégouté et ne fait prospérer aucun élément de son génie national. Ainsi les classes et les individus vaincus dans la lutte politique et sociale continuent à vivre ; mais tout se passe dans la vie juridique comme s'ils n'existaient pas.

Cette élimination morale est fort intéressante en ce qu'elle constitue un phénomène qui est aussi bien biologique que moral. Il pourra paraître paradoxal d'affirmer que lorsqu'un

négociant fait faillite ou qu'un procureur est révoqué pour ses opinions politiques, le fait en lui-même rentre par ses caractères dans la zoologie humaine avant de renaître dans le domaine de l'économie politique et du Droit. Et pourtant c'est bien un individu en chair et en os, un être physique, un cerveau avec sa puissance individuelle et héréditaire qui est annulé. Or l'élimination d'un être vivant, même si la cause en est abstraite, même si le milieu pour lequel il n'existera plus est abstrait, n'en reste pas moins un fait biologique, intercalé entre deux faits moraux et purement psychologiques. Que je tue mon chien parce qu'il a la gale ou parce qu'il n'est pas assez bon gardien, mon action ne change pas pour cela de nature et si au lieu de le tuer, je l'attache dans une cave où personne ne pourra plus le voir, il n'en aura pas moins pratiquement disparu pour la tâche qui lui incombait à l'origine.

De telle sorte que les sélections morales, les luttes commerciales, les querelles de parti et de classe, les intrigues et les rivalités professionnelles, tout cela appartient au monde social, mais constitue un fait biologique en ce que des existences d'êtres vivants y sont annulées. C'est un fait biologique que de connaître quels sont les animaux humains qui travaillent au Droit, quoique le Droit soit chose intellectuelle et abstraite.

Nous constatons que des phénomènes d'élimination biologique intéressent le Droit et sommes prêts à constater que des phénomènes de sélection ne seraient pas moins intéressants à la condition de préciser si ces phénomènes existent et quelle en serait la nature.

Quand nous parlons d'élimination, nous voulons dire que des êtres humains sont chassés du causalisme juridique ; mais en nous refusant à dire pourquoi, sans prétendre affirmer que vainqueurs ou vaincus ont une qualité ou un défaut relatif ou absolu constant. Nous affirmons tout simplement sous quelle forme nous apparaît dans l'histoire le monde juridique actif. Nous voyons des gens qui appliquent le Droit ; il en est qui légifèrent, il en est qui jugent. Il en est qui ne font pas la loi

et voudraient bien la faire ; d'autres qui la font parce qu'ils sont payés pour cela et ne s'en soucient pas autrement. Il en est qui jugent sans désir de juger ; d'autres qui voudraient juger et ne jugent pas... etc. Pour toutes les branches de l'activité juridique, certains sont élus, d'autres réprouvés. Mais il nous est impossible de trouver le caractère distinctif qui sépare celui que l'on écarte et celui que l'on appelle. Nous comptons parmi les réprouvés autant de bons que de mauvais sujets et autant de mauvais que de bons.

Si, au contraire, nous admettions la sélection dans le domaine du Droit, notre solution serait toute autre. Tout triomphe serait pour nous la preuve d'une supériorité du vainqueur sur le vaincu ; non seulement il serait juste que ce vainqueur fut préféré à sa victime, mais il aurait en la supprimant rendu service à l'humanité en détruisant l'ivraie qui infestait le champ. De ces compétitions et de ces sacrifices, nous devrions espérer non seulement le triomphe de ce qu'il y a de supérieur dans l'humanité, mais la création de qualités nouvelles résultant de ce que les bons étant toujours choisis, les autres toujours éliminés, les produits de ces êtres choisis deviendraient de jour en jour supérieurs.

Donc, ceux qui croient à la sélection naturelle affirment trois choses : que le vainqueur est toujours ou du moins le plus souvent supérieur au vaincu ; que l'élimination du vaincu est un bien, et enfin qu'elle est un bien, non seulement en ce qu'elle empêche la reproduction infinie des médiocres et des faibles, mais en ce qu'elle est un instrument de progrès. Elle permet d'espérer que les vainqueurs de demain seront supérieurs aux vainqueurs d'aujourd'hui, comme ceux-ci le sont par rapport à ceux du passé.

La première de ces propositions est déjà *a priori* fort contestable. Peut-on la vérifier au moyen d'une observation rationnelle ?

On peut sans doute se demander ce qui serait arrivé si Carthage avait vaincu Rome, si Robespierre l'avait emporté sur Barras, si Napoléon avait triomphé à Waterloo. Sur ces

thèmes, l'imagination travaillera indéfiniment, mais le résultat n'aura pas la moindre valeur scientifique. Dire que le triomphe du vainqueur est heureux, n'est-ce pas comparer une chose qui existe ou existera, à une chose qui n'existe pas et ne peut exister, un avenir réalisé à un avenir qui ne se réalisera pas?

Ce n'est pas que l'opération soit par elle-même complètement impossible et illogique. Si j'ai pu constater parfaitement toutes les qualités du vaincu avant sa disparition et que, d'autre part, des expériences précédentes m'ont fait connaître que ces qualités devaient nécessairement le conduire à certains actes, je puis reconstituer ces actes hypothétiques, les comparer, les apprécier comme s'ils existaient réellement. La difficulté est précisément qu'on ne saurait avoir sur les hommes des notions assez précises pour juger d'après leur passé ce qu'ils feront dans l'avenir. Il m'est relativement possible d'affirmer que dans une maladie, j'ai bien fait de prendre tel remède et de ne pas prendre tel autre; il m'est presque impossible de certifier avec autant d'énergie que si tel citoyen est élu député, il agira mieux que son concurrent. Tout le monde ne reste pas conforme à la logique de son caractère. Robespierre serait-il toujours resté sanguinaire, et Napoléon belliqueux? Qu'en peut-on savoir? Or je dois forcément imaginer ce qu'aurait fait Robespierre, le comparer à ce qu'a fait Barras, pour prétendre que le triomphe de ce dernier fut heureux.

Essaierons-nous d'employer une méthode d'observation empirique? Si toutes les périodes d'élimination sont suivies de prospérité et de progrès; si après chaque guerre civile ou étrangère, après chaque épidémie, les pays reprennent une vie et une santé nouvelle, la conclusion vraisemblable en sera qu'ils se débarrassent dans les crises sanglantes de leurs mauvais éléments et que la sélection naturelle n'est pas un vain mot. Or c'est précisément l'inverse qui paraît établi par l'histoire. Lors même qu'un peuple nous paraît sortir de pareilles épreuves avec des forces nouvelles, c'est souvent par simple illusion, contraste entre la période sanglante et la

période pacifique que nous le voyons plus prospère ou aussi prospère qu'autrefois. Il convient toutefois de faire des réserves. Nous ne savons pas ce que donnerait une étude sur la rénovation des peuples par les guerres, les massacres, les épidémies conduite avec minutie et suffisamment étendue, car elle n'a jamais été faite. Il est certain toutefois que ce n'est pas par cette méthode qu'on pourrait actuellement démontrer la sélection dans les phénomènes moraux.

Si donc la sélection humaine et naturelle n'est pas une vérité d'ordre expérimental, on ne saurait l'établir que par déduction et il est légitime de la combattre par déduction. Lorsque deux êtres ou deux groupes luttent l'un contre l'autre, le vainqueur a toujours une qualité, celle d'avoir été vainqueur. La victoire peut être due une fois au hasard, mais non dans la plupart des cas. Elle est preuve de supériorité, mais de supériorité générale ou spéciale. Dans une épidémie de petite vérole, le fait d'avoir été vacciné suffit pour assurer le triomphe ; en dehors de cette circonstance de la vie, il ne présente plus guère d'intérêt. Si au contraire un homme échappe à une maladie par la force de sa constitution, cette vigueur qui lui a fait éviter un premier danger sera pour tout le cours de son existence un avantage continuel. Il en aura la vie plus longue et le travail plus facile.

Y aurait-il par hasard une qualité constante, facile à préciser, qui assurerait le triomphe dans toutes les luttes morales ou physiques ? Il est à peu près certain qu'il n'en est rien. Rester maître du champ de bataille, résister aux épidémies, l'emporter dans un corps à corps, multiplier sa race en séduisant des femmes, se faire une belle clientèle, être élu député, renverser un ministre et prendre sa place, sont des victoires qui demandent des aptitudes assez diverses. Sans doute, l'intelligence et l'activité seront utiles dans toutes les circonstances ; mais quel genre d'activité et quel genre d'intelligence ? C'est un fait d'intelligence de prendre des bonnes mesures d'hygiène en temps d'épidémie ; mais beaucoup d'imbéciles y penseront, beaucoup d'hommes intellectuellement supérieurs

les négligeront et emploieront leurs facultés à autre chose qu'à se soigner au bon moment. On ne peut citer des qualités toujours utiles et des défauts toujours nuisibles, que dans un langage imprécis ne correspondant à rien de réel. Sinon, il faut avouer que suivant les circonstances le grand, le petit, le gros, le maigre, l'audacieux, le poltron, le franc, le rusé, l'intelligent l'imbécile, l'honnête homme, le gredin pourront être vainqueurs ou vaincus. La supériorité est purement relative.

Cette supériorité relative a d'ailleurs un nom. C'est la facilité d'adaptation. Les vainqueurs sont les mieux adaptés ou ceux qui ont le plus de souplesse pour s'adapter. On dira que la lutte pour la vie conduit au triomphe des mieux adaptés, à la défaite des inadaptables et que par suite, elle est bonne. Le principe est certain à condition d'y voir une pure et simple tautologie. Le vainqueur est le mieux adapté à toutes les conditions particulières de la lutte, parce que par définition s'il n'était pas le mieux adapté, il ne serait pas le vainqueur. L'apache qui assassine un bourgeois est le mieux adapté au milieu des boulevards extérieurs, mais si le bourgeois a un bon revolver et fait feu à temps, c'est le bourgeois qui sera le mieux adapté. L'apache est-il adapté à notre ordre social ? Parfaitement, tant qu'il prospère et ne se laisse pas prendre. Il ne le serait plus du jour où l'on voudrait nettoyer les quartiers dans lesquels il vit. Ainsi les adaptés ne sont pas des êtres sacrés dont on ait une raison quelconque de désirer le triomphe. Ce sont des gens qui peuvent avoir les qualités ou les défauts les plus divers, mais qui par suite du hasard trouvent un milieu propice à ces qualités ou à ces défauts. Peut-être demain ce milieu aura disparu et ne sachant plus où vivre, ces adaptés d'un jour devront disparaître.

Ainsi la sélection n'opère pas pour le compte d'une qualité morale ou physique quelconque. Elle travaille indifféremment pour tous les milieux et n'a aucune unité de direction. Il n'est aucun idéal social précis qu'elle ait pour mission de maintenir ou de faire arriver.

§ 2. — **La sélection naturelle et la théorie des élites.** — Ceux qui croient à la théorie darwinienne de la sélection en ont fait une application très ingénieuse à un phénomène historique.

On constate, dans l'histoire de tous les peuples et de tous les temps, que les mêmes classes ne restent pas indéfiniment dans les rangs supérieurs de la société. Les aristocraties se renouvellent par l'ascension d'individus sortis du peuple qui viennent prendre les premières places. Le phénomène se produit de façon assez diverse, mais il est incontestable.

Lorsque les rangs de l'aristocratie ne sont pas fermés, la transformation est insensible. Au fur et à mesure que naît dans les classes inférieures un individu de talent, il vient de lui-même, si la fortune lui sourit, se placer au premier rang. Cela se fait évidemment au détriment d'un aristocrate de naissance, mais souvent sans conflit apparent. Lorsque beaucoup d'individus parviennent ainsi et font parvenir leur famille, on peut dire que l'élite est sensiblement, parfois même complètement, modifiée dans ses éléments.

Le plus souvent, les classes supérieures opposent une résistance plus ou moins grande à cet envahissement. Elles repoussent les candidats au succès, se refusent à accueillir aucun nouveau venu et réussissent quelquefois pendant un certain temps à maintenir une stabilité relative dans les rangs de la société. Mais alors s'accumulent dans les couches inférieures une foule de mécontents ayant toutes les conditions nécessaires pour parvenir, le talent, l'énergie; cette force comprimée rompt tôt ou tard les barrières sociales. Le changement d'élites se fait par voie de révolution. La vieille aristocratie disparaît ; elle est d'un seul coup remplacée par une nouvelle.

Il peut paraître assez curieux que ce phénomène se répète indéfiniment dans tous les milieux et il est légitime d'en rechercher l'explication. Les classes supérieures — dit-on dans une théorie répandue — sont chassées du pouvoir parce qu'elles ont cessé d'être supérieures. Comment ont-elles perdu leurs qualités ? comment les classes inférieures ont-elles acquis

des qualités nouvelles? C'est parce que la sélection ne s'est pas faite de la même façon dans les deux groupes. Les riches se sont dérobés aux bienfaits de la lutte pour l'existence ; ils ont eu peu d'enfants. Ils les ont soignés, les ont conservés à la vie, même s'ils constituaient de piètres échantillons humains. Les pauvres ont eu beaucoup d'enfants qui ont poussé comme ils ont pu, mal nourris, mal vêtus, dans les pires conditions hygiéniques. Et ce fut leur bonheur. La mortalité fut parmi eux considérable ; il n'a survécu que les sujets les plus forts, les meilleurs et ceux-ci ont eu à leur tour beaucoup d'enfants dont seuls les meilleurs ont subsisté et ainsi de suite. On comprend qu'au bout de quelques générations, il est sorti des milieux les plus inférieurs des sujets tout à fait remarquables, d'autant mieux sélectionnés qu'eux et leurs parents ont vécu dans les conditions les plus défavorables. Et ce même phénomène se répète indéfiniment, parce que la situation reste indéfiniment la même : que le pauvre est toujours sélectionné, que le riche ne l'est jamais, et que le pauvre devenu riche cesse de l'être.

Cette théorie a séduit des esprits remarquables. Sans l'admettre comme certaine, plusieurs sociologues la considèrent comme vraisemblable. Ce n'est pourtant qu'un à peu près historique expliqué par un à peu près biologique.

Historiquement, le phénomène d'ascension des élites ne se résoud pas — même dans sa plus simple expression — en une simple substitution d'une classe à une autre. Une transformation de ce genre s'accompagne d'une aristocratisation ou plus souvent encore d'une démocratisation des mœurs. Et ces deux événements, le fait de substitution de classes, de transformation politique sont si intimément liés qu'on oublie de les distinguer.

Celui que nous appellerons par simplification le parvenu, ne parvient pas uniquement par sa propre force. Il est porté au pouvoir par l'opinion populaire qui demande certaines modifications politiques. Il ne serait pas indispensable, mais il sait offrir ou imposer ses services et comme il faut que la réforme

soit faite par lui ou par un autre, on l'accepte. Il n'arrive donc pas en lutte ouverte contre tous, ni de sa seule initiative.

Une fois arrivé, il ne travaille pas principalement pour les théories qu'il représente, mais surtout pour lui et les siens ; il est naturel qu'il veuille le pouvoir fort, quand le pouvoir est devenu « lui », autant qu'il le désirait, faible quand le pouvoir n'était pas « lui ». De là, ces multiples contradictions entre la jeunesse et l'âge mûr de l'homme politique, sujets inépuisables d'indignation ou d'amusement. Elles ne sont ni très coupables, ni très honorables non plus. Elles lui sont imposées par la force des choses. Il n'est pas uniquement le roublard qui disait blanc hier avec l'intention de dire noir aujourd'hui. Il ne mérite complètement ni le mépris des jobards, ni l'admiration des macchiavélistes.

Le plus souvent d'ailleurs, ce parvenu ne pourra pas restituer au pouvoir toute l'autorité dont il l'avait dépouillé pendant sa période agressive. Il n'est pas de force à reconstruire ce qu'il croit avoir détruit, et ne remplace l'élite ancienne que dans une faible mesure.

« Barras est roi, Lange est la reine... » a-t-on chanté un moment. Barras n'était pas tout à fait roi, ni Lange, tout à fait reine et ce petit couple simili-royal a disparu de lui-même.

Il y a chez certains écrivains une tendance exagérée, à réduire les mouvements politiques à une simple conquête du pouvoir par des individus ou des classes. Si ceux qui veulent arriver étaient vraiment les plus forts, ils n'auraient aucun besoin de prétexte pour chasser les aristocrates au pouvoir afin de prendre l'intégralité de leurs privilèges. Mais ils ne le font pas, ils convoitent uniquement les débris de ces privilèges. L'ascension ou le changement des élites est toujours l'accessoire d'un phénomène plus large, une transformation politique désirée par beaucoup et qui se réalise malgré tout dans une certaine proportion, quoique dans une proportion très variable.

Une seconde précision indispensable à apporter au phénomène de l'ascension des élites et de donner de ce dernier mot

une définition suffisamment claire. L'élite est-elle uniquement composée des gouvernants, de ceux qui détiennent le pouvoir et qui sans doute sont mieux placés qu'aucun autre pour se faire la part belle dans la vie, que l'on peut relativement assimiler à des vainqueurs ? Mais n'est-il pas beaucoup d'autres individus ou familles qui ont autant de richesse, d'influence morale, de prestige et souvent moins de souci ? Il est difficile de les considérer comme des vaincus. Ainsi les grands commerçants, industriels, artistes, littérateurs et tant d'autres semblent bien faire partie de l'élite, car ils ont obtenu ce qu'ils désiraient, tout ce qu'ils pouvaient désirer. Dans ce sens, il existe une élite commerciale, financière, industrielle, littéraire, artistique, comme il existe une élite gouvernementale : ceux qui occupent les premières places dans les branches d'activité les plus importantes. Mais alors le fait historique de l'ascension des élites n'est plus vrai. Les classes supérieures donnent, relativement à leur nombre, des proportions d'hommes supérieurs extraordinairement plus considérables que les classes inférieures. Des travaux minutieux portant sur des chiffres importants ont été faits dans ce sens par des méthodes objectives et sont dans leur ensemble difficilement contestables. Il serait exagéré d'en conclure à une infériorité des classes inférieures ; car il a pu autrefois être beaucoup plus difficile au fils d'un prolétaire de parvenir et de se faire connaître qu'au fils de noblesse ou de magistrature. Mais ces observations rendent insoutenable la thèse d'une dégénérescence générale et nécessaire des familles haut placées, et d'une ascension intellectuelle, nécessaire et régulière des classes inférieures.

Sous peine de voir les faits lui donner le plus formel démenti, il faut restreindre la théorie de l'ascension des élites, au personnel gouvernemental seul qui nous apparaît comme le plus changeant. La sélection naturelle développerait l'aptitude à parvenir au pouvoir dans les classes populeuses et durement traitées par l'existence.

Même réduite à ces termes, la thèse paraît difficile à mettre d'accord avec les faits biologiques positifs.

Dirigée par les éleveurs les plus habiles, la sélection va très lentement. Les expérimentateurs ont parfois entre les mains des êtres qui vivent et se reproduisent si vite qu'ils peuvent en observer facilement des milliers de générations. Ils obtiennent par sélection des transformations sensibles, mais pas aussi considérables qu'on pourrait le croire. Dans la pratique de l'élevage des animaux domestiques, on choisit sans doute les plus beaux sujets et la rigueur dans le choix de l'étalon améliore assez vite la race. Mais un certain degré de perfection une fois obtenu, l'espèce reste stationnaire et la sélection est alors souvent impuissante à faire répéter le type le plus parfait que le hasard a fait obtenir une première fois. Ce phénomène des fils indignes de leur père est aussi fréquent dans les généalogies animales les mieux conduites et les mieux surveillées que dans l'espèce humaine. Enfin on emploie la sélection pour obtenir les qualités les plus simples, les plus grossières. Pour avoir des animaux très gras, on donnera la préférence à ce procédé sur tous les autres; mais pour des qualités plus complexes, l'éleveur recherche davantage la pureté de race ou combine des croisements.

Les déplacements d'élite se font parfois avec une vitesse surprenante et dans une proportion absolument contraire à la sélection. Celle-ci agit vite au début et piétine ensuite sur place : les mouvements des classes, lents chez les peuples jeunes, s'accélèrent de plus en plus. Quand la société est à son déclin, beaucoup ont leur tour, mais leur heure est bien courte. Ils sont à peine installés à la place suprême que le moment est déjà venu pour eux de songer à la quitter. Et — ce qui est une preuve que la sélection n'y est pour rien — les changements se font en moins d'une génération. Il est donc impossible que la dégénérescence et le progrès physiologiques des diverses classes y soient pour quelque chose.

D'autre part, la faculté d'arriver au pouvoir et de ne pas y faire trop mauvaise figure est une qualité fort complexe qu'il semble bien difficile d'obtenir par simple choix entre les enfants les plus robustes. J'admets que les enfants du peuple

aient plus de santé, plus d'endurance, plus d'énergie au travail, si l'on veut; cela ne suffit pas à faire des hommes d'Etat. La sélection peut perfectionner leur tempérament physique, non leur donner des qualités morales qui n'ont rien à faire avec l'aptitude à sortir indemne des épidémies, ou à supporter le froid, le chaud et la mauvaise nourriture.

L'ascension des élites n'a pas une cause biologique.

Interprété historiquement et politiquement, le phénomène n'a plus rien de mystérieux. Tout change dans ce monde et les formes de gouvernement plus que tout autre chose. Rien d'étonnant à ce qu'à des circonstances nouvelles, il faille des hommes nouveaux. Les qualités pour gouverner ne sont pas les mêmes à tout instant de l'histoire; et les qualités acquises dans l'exercice du pouvoir ne restent pas longtemps utilisables. Les nouvelles élites arrivent avec des aptitudes nouvelles, plus courtisanes ou plus indépendantes, avec plus de vigueur physique ou de finesse d'esprit, plus de hardiesse économique ou plus d'ordre et de prudence. Aux Germains de Tacite, il fallait une noblesse de tradition religieuse en même temps que d'indépendance guerrière; ces jarls ne pouvaient avoir la même autorité sous les monarchies chrétiennes et déjà centralisées des premiers Mérovingiens. La trustis — fait de se consacrer en entier au service royal — crée une nouvelle classe de privilégiés. Dans la période féodale, la valeur politique et militaire exige des qualités de rudesse et d'endurances physiques combinées avec le talent de savoir unir sa cause à la cause du plus puissant, de savoir allier une certaine fierté et indépendance d'allure, avec une loyauté, plus ou moins grande, envers le seigneur.

A mesure que se constituent les Etats et que se développent les pouvoirs des rois, ces qualités traditionnelles conduisent à la ruine une grande part de l'ancienne noblesse : être habile aux intrigues, adroit courtisan procure titre et illustration, comme aussi d'ailleurs la compréhension plus moderne de la politique intérieure et extérieure, les services rendus au pays dans les lois, le commerce et l'industrie, choses nouvelles

qui demandent un personnel nouveau. A la fin de l'ancien régime les privilégiés se réclament d'un de ses trois avantages : l'origine, le titre, l'illustration. Chacun de ces mots est la caractéristique d'élites différentes : la noblesse de fief, la noblesse de cour, la noblesse de charge, qui s'accordaient tant bien que mal sous la direction de la royauté.

L'élite de la Révolution française est très mélangée : nobles, prêtres nobles, prêtres roturiers, magistrats, médecins, bouchers. Les classes supérieures y sont toutefois représentées en beaucoup plus forte proportion que les classes inférieures, parce que l'agitation politique continuelle ne permet pas à un type gouvernemental stable de se constituer.

L'élite napoléonienne comprend au contraire des éléments entièrement nouveaux. L'effervescence militaire a provoqué le succès d'individus faits pour la nouvelle forme de guerre, mais uniquement pour elle. Aussi, à la Restauration, ces brillants héros de la veille tombent avec une rapidité effrayante. L'œuvre de Balzac détaille d'une façon saisissante les chutes successives de ces hommes dont toutes les vertus sont inutilisables, dont tous les défauts deviennent des vices parfois odieux. Le baron Hulot, le capitaine Brideau, le colonel Max, impérialistes exclus, mis en quart de solde ou maintenus en fonction sont éliminés par les mêmes forces, malgré tout le prestige de leur passé héroïque, car le milieu qui leur est fait n'est plus leur milieu. Leur légèreté de mœurs, leur morale un peu large seyait à leur vie d'aventures, de périls et de dévouement ; dans la vie calme et bourgeoise que leur fit la pacification de l'Europe, ils ne pouvaient continuer qu'une existence peu glorieuse et peu digne.

Une élite est rarement vaincue sur son propre terrain, dans les qualités qui font sa raison d'être. Mais elle ne saurait se transformer indéfiniment, être également supérieure dans toutes les situations et quand la vie sociale a des exigences imprévues, son rôle est terminé, elle quitte le premier rang sans cesser d'être ce qu'elle a toujours été. La sélection naturelle est étrangère à ce phénomène.

Ce n'est pas à dire que la dureté de l'éducation, l'obligation de gagner son pain, ne puisse faire naître en certains individus des qualités précieuses et influer sur leurs destinées sociales. Mais cette considération est totalement étrangère au sujet ici développé.

§ 3. — **La Sélection par le Droit.** — A ceux qui croient que la sélection a joué un rôle dans l'histoire humaine, on objecte que l'homme n'est pas un animal comme un autre. Il a formulé depuis longtemps des principes de morale et de justice ; il a fait preuve d'instincts et de sentiments sociaux; il a réglementé ses rapports avec les siens et les étrangers par des textes de Droit. Morale, Religion et Droit engagent l'être humain à vivre en paix avec son voisin, uni avec sa famille, en bonne harmonie avec tous. L'homme ne lutte plus pour l'existence contre d'autres hommes; la sueur de son front profite aux autres aussi bien qu'à lui. L'humanité entière peut travailler à une œuvre commune; elle a sa prospérité dans l'union et non pas dans le combat. Cet idéal — ajoute-t-on — n'est pas encore complètement réalisé. L'histoire nous en rapproche de jour en jour. En tous cas, Droit, Justice et Solidarité sont des forces essentiellement philanthropiques qui tendent à se substituer dans la direction des destinées humaines aux forces égoïstes d'autrefois.

Cet optimisme n'est pas absolument faux dans son ensemble. Il n'est pas non plus tout à fait exact. Il peut suffire à une morale pratique. Mais une méthode scientifique a besoin de plus de délicatesse, de subtilité. Il est vrai que la lutte pour la vie ne se fait plus entre les hommes, comme si les vertus sociales que nous avons entendu célébrer n'existaient pas. L'élimination des êtres humains y est moins brutale; elle se fait tout en douceur, d'après des règles d'équité qui nous sont chères, sans souffrance et parfois même avec plaisir de la part des vaincus, sans que ceux qui tombent dans le néant social en aient même conscience, sans qu'ils se doutent du jour où ils disparaissent de l'existence. Le spectre symbolique qui

conduit la danse des morts, sur les vitraux ou miniatures du Moyen Age a mis à sa faux les rubans les plus variés et les plus séduisants. Nous ne saurions en être trop reconnaissants à nos institutions.

Mais la lutte pour l'existence, la destruction d'êtres humains par d'autres êtres humains est aussi vive, peut-être plus vive que jamais et notre bonne volonté ne peut absolument rien pour la ralentir, car elle se poursuit en dehors de nous. Le Droit, la Justice, la Morale ont conservé à la vie un grand nombre d'individus, mais ont dû pour cela en faire périr d'autres. Les vertus sociales ont pris la direction de l'élimination humaine; elles ne l'ont pas supprimée.

On nous dira que nos luttes politiques, juridiques, professionnelles, commerciales, industrielles, littéraires ne sont des luttes que de nom. Vainqueurs et vaincus font souvent assaut de courtoisie, et la défaite ne paraît pas entraîner mort d'hommes. Mais ce n'est qu'une illusion, quoiqu'il soit déjà très joli que nous puissions avoir cette illusion. On n'est pas le plus souvent vaincu du premier coup ; on peut espérer reprendre sa revanche; la défaite n'est pas nécessairement irréparable. Si elle ne se répare pas, le vaincu ne sait pas à quel moment il est définitivement perdu et peut toute sa vie conserver un certain espoir; il ignore la douleur du guerrier primitif qui, plein de fierté, se voyait abattu en quelques instants et pour toujours par un adversaire plus heureux. Mais les éliminations n'en sont pas moins nombreuses, complètes et matérielles. Les vaincus meurent jeunes, ne forment pas de famille ou des familles précaires, ou bien sont mis à l'écart de la vie de telle sorte que, même s'ils vivent un certain temps, tout se passe comme s'ils ne vivaient pas.

Sociabilité, Droit et Morale dissimulent, mais ne suppriment pas la guerre. Ce sont des armes défensives de certaines existences, mais par cela même offensives pour d'autres êtres. Les uns vivent des institutions, les autres en meurent et ces derniers sont peut-être aussi nombreux que les premiers. Peut-on faire des vainqueurs et des vaincus deux groupes

ayant d'autres caractères communs que d'avoir été vainqueurs et vaincus? Retrouverons-nous chez les uns ou chez les autres une même qualité ou un même défaut expliquant que les uns aient profité du développement de notre vie abstraite et que les autres en aient souffert? Cette question est capitale pour nous ; car, si le Droit élimine toujours le même type d'individus, ce fait une fois établi appartient à la philosophie du Droit, et si c'est le contraire, il incombe à l'histoire juridique une nouvelle tâche, celle de rechercher les diverses variétés humaines qui ont dû être éliminées dans le cours du temps par la force des diverses Institutions.

Les anthropologues disent souvent que telle loi ou telle coutume a sélectionné une nation, que telle autre a sélectionné à rebours. Ils veulent exprimer par là que ce sont parfois des personnages antipathiques qui sont vaincus et éliminés, et alors ils applaudissent au résultat, et d'autrefois des personnages sympathiques, et ils le déplorent. Ces expressions « sélection, sélection à rebours » sont donc purement subjectives et peu scientifiques. Mais on peut en retenir que, d'après l'aveu même des théoriciens sélectionnistes, le Droit intervient dans la lutte pour l'existence pour éliminer tantôt ceux qui ont une qualité déterminée, tantôt ceux qui ont la qualité contraire. Or, les dispositions les plus diverses de nature pouvant tourner à notre avantage ou à notre perte, il semble bien dores et déjà que l'élimination juridique peut agir dans toutes les directions.

Mais nous n'admettons pas le fait comme prouvé avant un examen un peu plus détaillé. Il nous importe d'ailleurs de connaître non seulement la nature de la sélection que peut produire l'ensemble du Droit, mais encore de ses diverses branches. Il se pourrait par exemple que le droit commercial de tous les temps et de tous les milieux développa les mêmes dispositions et que le droit rural ou que le droit civil agit en sens contraire.

I. — *Effet sélectif de l'idée de justice, de la notion d'ordre public et de l'autorité de la loi.* — Les idées de justice et de

morale sont des sélectionnants. Quand une civilisation est inspirée d'un tel idéal, ceux qui, par leur disposition naturelle, sont le plus portés à les comprendre et à les développer ont une influence particulière sur leurs concitoyens. Tel en est l'effet le plus rationnel, le plus apparent. Mais son rôle dans l'histoire est loin d'être aussi simple.

Historiquement, l'idée de justice est surtout une ruse qu'emploient les peuples cyniques et habiles pour tromper des peuples plus idéaux et par cela plus faibles. Les Romains avaient l'aplomb de prétendre qu'ils savaient commencer et finir une guerre sans sortir de la justice. Ils pensaient ainsi rassurer les amis du moment. Dans leurs querelles politiques, les Romains invoquaient la justice à tout propos. Cicéron lui consacre ses plus belles périodes. Or, les Romains en général et Cicéron en particulier, se sont toujours très peu souciés dans leur vie pratique du tort et du droit quand il y avait un avantage matériel à retirer. Seulement, ces déclamations belles et peu sincères ont eu pour l'Europe moderne un effet moralisateur très considérable. Grotius croit encore en leur sincérité ; il suppose que les Romains, tout en ayant pu se tromper quelquefois, ont eu le désir de ne poursuivre que des guerres nécessaires et équitables. Et si un peuple aussi puissant a eu un souci aussi constant de la justice, n'est-ce point qu'elle est par elle-même un élément de force et de prospérité ? Cette considération a contribué à rendre cette notion populaire, à faire de l'idée morale et primitivement artificielle une véritable force.

Ainsi se poursuit à travers le temps cette lutte curieuse entre les cerveaux positifs et les cerveaux idéaux. Affirmer l'injustice, nier l'idéal, c'est se découvrir, perdre une partie de ses avantages et le vrai roublard s'en gardera. Il soutient donc des principes qu'il considère comme faux; son succès leur donnera une autorité qui sera gênante pour ses successeurs en fourberie. Il fait la morale sans y croire et par cela même qu'il n'y croit pas.

L'idée de justice est en conséquence un instrument de sélec-

tion qui peut favoriser indifféremment les positifs ou les idéaux.

Le Droit, lui-même, sous sa forme la plus générale, l'intervention d'une autorité quelconque pour donner des ordres aux particuliers est dans une situation tout à fait analogue. Il fait quelquefois bon de lui obéir et quelquefois de lui désobéir. Le Droit élimine les honnêtes et les scrupuleux dans tous les cas où il défend plus qu'il ne peut faire respecter. Entre quelqu'un qui se croit obligé d'obéir à la loi et celui qui ne le croit pas, la lutte n'est pas possible. Il devient, au contraire, un appui, lorsque sa sévérité et sa puissance sont proportionnées, lorsque, par exemple, il entrave ou limite la fraude dans les transactions civiles ou commerciales non par des prohibitions théoriques, mais par des mesures efficaces.

II. — *Solidarité et sélection.* — Il est un sentiment qui se trouve exprimé dans les domaines juridiques les plus divers. On peut lui donner le nom de solidarité et il signifie que dans la vie sentimentale, intellectuelle, morale, philosophique, religieuse, aussi bien que dans la vie pratique, politique, industrielle, commerciale, les hommes ont depuis longtemps un ensemble de tendances fort heureuses. Ils veulent s'assurer la paix, interrompre les rivalités, la lutte, la concurrence, fût-ce au prix d'un sacrifice mutuel; ils acceptent de travailler les uns pour les autres, occasionnellement ou régulièrement. Et, sous sa forme supérieure, cet esprit de solidarité entraîne sacrifice, renonciation de l'individu à sa propre existence pour le bien d'autrui. Les sentiments sociaux supérieurs, amour, amitié, patriotisme, comportent pour être complets une extension aussi considérable.

Ne suffit-il pas de constater que dans le cours de l'histoire cette solidarité apparaît sous mille formes diverses, dans tous les milieux, pour être obligé d'en conclure que depuis longtemps l'homme n'est plus un loup pour l'homme, qu'il en est un compagnon, un aide et que le succès de l'un fait le succès de l'autre? Pour le moins, ne faut-il pas convenir que la solidarité est la contradictoire de la lutte pour l'existence, que

partout où l'une prospère l'autre s'efface et qu'en conséquence une généralisation de l'esprit philanthropique supprimerait toute sélection ou élimination humaine? On affirme que oui; on le répète. Que faut-il en penser?

On dit que l'union fait la force. Mais à quoi bon faire de la force, si ce n'est pour lutter contre quelqu'un et le détruire? Et, en effet, toutes les associations humaines demandent paix, alliance, sacrifice entre individus et groupes pour être plus violentes, plus égoïstes, plus destructives envers d'autres individus et d'autres groupes. Les vertus sociales ont pris l'entreprise des destructions humaines; elles en ont perfectionné les procédés qui sous cette nouvelle direction sont devenus de plus en plus exterminateurs. Il est vrai que ceux qui disparaissent ne sont pas ceux qui auraient disparu sans elles. Elles entravent, suppriment la sélection naturelle et lui substituent une série de sélections artificielles agissant dans les sens les plus divers.

Si l'on suppose un état antérieur à la première collectivité, famille ou tribu, l'individu le plus faible est éliminé par le plus fort. Après la constitution de ce premier groupe — que pour faciliter l'argumentation nous supposerons être la famille — la supériorité sera du côté de ceux qui auront les sentiments familiaux les plus développés. Les plus faibles et les plus familiaux triompheront des plus forts et des moins familiaux. Il est très vraisemblable que le plus souvent que se seront solidarisés les premiers et le plus énergiquement, ceux qui avaient le plus besoin de se solidariser, ceux qui étaient le plus incapable de résister individuellement. De telle sorte que les vaincus de la veille sont devenus les vainqueurs du lendemain précisément parce qu'ils avaient été les vaincus. Les effets de la lutte sélective sont renversés.

Le solidarisme d'Etat ou patriotisme vient de ce que certaines familles incapables de lutter avec avantage si elles restent isolées, s'unissent et triomphent de familles plus fortes mais qui n'ont pas su se grouper. La force sélective se déplace encore. Elle fait triompher ceux chez qui l'amour de l'Etat est

plus développé et l'amour de la famille plus rudimentaire. Chaque fois que se forme une association humaine quelle qu'en soit la nature: nation, cité, commune, confrérie, communauté religieuse, association de métier, corporation, syndicat, société commerciale, le but en est de renverser les règles de la sélection telles qu'elles fonctionnent pour en substituer de nouvelles. Aussi a-t-on raison de dire que les vertus sociales sont des instruments de sélection, à condition d'ajouter que bien loin de se compléter et de se combiner, elles travaillent les unes contre les autres. C'est même leur principale raison d'être. Etre bon père, empêche d'être très bon citoyen. Toute société qui se forme dans un Etat est dirigée contre les autres citoyens de ce même Etat et par suite est incompatible avec un dévouement absolue à la patrie dans son intégralité. Nous conclurons donc que l'association a toujours pour effet de faire cesser la luttre entre associés et la diriger contre les non-associés.

Ce n'est toutefois qu'une vérité schématique: même entre associés la lutte ne cesse pas toujours complètement. Elle se continue dans des proportions très variables et sous des formes très différentes.

Dans les fortes organisations familiales qui faisaient l'idéal de Le Play, le rôle de chef s'acquiert par la concurrence entre frères; celui qui réussit à l'obtenir par ses mérites ou son adresse, absorbe presque complètement la personnalité des autres. Il faut avoir triomphé de nombreux obstacles pour se mettre à la tête d'une famille. Au contraire, il n'y a plus de sélection interne, lorsque — ainsi qu'il est le plus fréquent — la Coutume ou la Loi désigne le privilègié à cause de son âge. Il jouit de ses droits sans le moindre effort, sans avoir fait aucune preuve de valeur. Beaucoup de législations aristocratiques s'efforcent de mettre les grandes familles à l'abri de la concurrence vitale, en créant un patrimoine grevé de subtitution, des majorats, que l'incapacité d'un chef ne pourra faire disparaître. Le nepotisme traduit également cet effort de la famille pour soustraire un de ses éléments à l'épreuve de l'effort personnel, qu'il ne saurait supporter.

Selon leur étendue, leur constitution, le degré de solidarité de leurs membres, leurs théories politiques, les nations laissent aux individus, aux familles, aux sociétés une liberté plus ou moins grande pour se détruire les uns les autres. Les unes se désintéressent de la lutte et se bornent à couronner les vainqueurs. D'après certaines théories, il convient de respecter les actions particulières et souffrir les éliminations qui en résultent si la prospérité générale du pays en est la conséquence, intervenir au contraire dès que la destruction d'un groupe, d'un parti, d'une industrie, d'un commerce menace d'appauvrir le pays. On émet et on pratique encore, plus ou moins, cette maxime que le droit du plus fort est sacré à condition qu'il soit le plus fort, non par suite d'un accident, mais par une vertu permanente. On ne défend point aux sujets d'un même Etat de s'éliminer, pourvu que cet élimination ne dépende point du hasard. Ainsi les orphelins succomberaient dans l'existence quelle que fût leur valeur personnelle par le seul fait accidentel qu'ils ont perdu leurs parents alors qu'ils étaient dans l'enfance. L'Etat doit les protéger, comme il doit protéger les industries nouvelles, les objets de luxe, les savants, les littérateurs, les philosophes, qui sont peu de chose dans la lutte d'aujourd'hui, qui abandonnés à eux mêmes disparaitraient, mais qui sont les germes d'êtres physiques ou moraux susceptibles de vaincre dans la lutte de demain.

La nation peut au contraire se proposer comme idéal de faire cesser toute lutte entre ses membres, d'en faire des collaborateurs et non des concurrents. Ce n'est pas à nous de déclarer si la chose est possible ou impossible. Mais l'histoire doit relever les législations empreintes de cet esprit et constater les résultats qu'elles ont pu obtenir.

Nous pourrions poursuivre bien longtemps cette étude à travers les sociétés particulières. Il en est où l'union des associés est complète; il en est d'autres, qui établissent entre eux une paix purement apparente. Les ministrables d'un même groupe politique, les habitués d'un même salon, les membres d'associations professionnelles ne se souhaitent pas toujours du

fond du cœur une mutuelle prospérité. Leur âme est partagée entre le désir de maintenir la solidité du groupe qui leur permet d'être les plus forts contre les étrangers et celui d'éliminer leurs proches qui sont leurs plus dangereux concurrents.

Il nous semble donc difficile de vouloir trouver une formule générale caractérisant les rapports entre la solidarité et la sélection. Chaque type d'association, à chaque période a pu agir différemment et doit être étudié en lui-même.

III. — *Sélection et Droit Criminel.* — Cette branche juridique paraît plus spécialement chargée d'un travail de sélection. Mettre à mort, emprisonner, déporter les assassins, les voleurs et autres individus qui forment la lie de la population, n'est-ce pas par définition épurer la société, supprimer les mauvais éléments et jusqu'à un certain point leur descendance, sélectionner dans l'intention précise d'obtenir une humanité meilleure, comme l'éleveur écarte les animaux vicieux pour perfectionner la race ?

Cette opération peut être plus ou moins bien conduite. Bien conduite, elle produira une bonne sélection; mal conduite une sélection incomplète, insuffisante, insignifiante peut-être. Dans tous les cas, enlever un malfaiteur de la société est améliorer le groupe social au point de vue moral. La vérité est un peu naïve; mais il ne faut pas en conclure que le Droit criminel soit toujours un instrument de sélection plus ou moins efficace. C'est une de ses fonctions, de nous débarrasser des êtres nuisibles, ce n'est pas toutes ses fonctions. Pour apprécier les résultats qu'il produit, ses qualités, ses défauts, il convient d'envisager l'ensemble de son action.

Il a existé un Droit criminel du jour ou un pouvoir quelconque collectif ou individuel, laïque ou religieux, tribu, famille, Etat, société publique ou secrète, roi, brigand même s'est chargé de maintenir ou de contribuer à maintenir la sûreté générale. Il punit directement les actes coupables ou aide à leur répression. Il se présente ainsi comme un simple intermédiaire. En commençant son entreprise, il est pénétré de l'idée que chacun a le Droit de se faire justice soi-même,

mais que ces conflits interminables entre famille d'une même tribu sont fâcheuses et qu'il convient de les réglementer et de les limiter. Il facilite l'application de la peine et la surveille en même temps. Puis c'est lui, c'est le pouvoir qui choisit la peine et l'applique ; il monopolise insensiblement le droit de punir. Il combat la vengeance privée parce qu'elle peut être excessive, parce qu'elle peut être injuste, mais surtout parce qu'elle est une méconnaissance d'une autorité péniblement acquise et à laquelle il tient de plus en plus. Ce monopole du châtiment devient un attribut constant de la souveraineté et veulent l'obtenir non seulement ceux qui sont capables de maintenir l'ordre, mais encore ceux qui en sont impuissants. Il n'est même pas sans exemple dans l'histoire politique de voir le bon gendarme supplanté par un mauvais gendarme. Dans certains pays, la disparition du brigandage est regrettée par les amis de l'ordre et de l'honnêteté. On y affirme que les pouvoirs publics ont détruits des organismes très vigilants de sécurité privée et les ont remplacés par de moins honnêtes et de moins capables. Ne parlons pas du présent. Dans le passé le fait a du se passer très souvent. Pour maintenir l'ordre, il faut trois organisations : une bonne police qui surveille et arrête les malfaiteurs ; une bonne magistrature dans le sens large du mot — pour poursuivre avec énergie et condamner avec perspicacité — ; un système pénal vraiment répressif. Les sociétés primitives ont de mauvaises polices et des moyens de preuve insuffisants; les sociétés civilisées ont en général d'excellentes polices, des magistratures — dans le sens large du mot — parfois médiocres, et des tendances pénales très souvent déplorables. De telle sorte que dans tout le cours de l'histoire ancienne et moderne, nombreuses sont les périodes où le gardien officiel n'est pas un bien vigilant gardien, ou il s'acquitte assez mal de sa fonction répressive. Mais il est une autre fonction dont il s'acquitte beaucoup mieux parce qu'elle est plus facile et qu'elle est pour lui plus intéressante : c'est de maintenir son monopole, empêcher la victime ou ses parents de se faire justice, ou comme on l'a dit en termes

expressifs, — protéger le coupable, protéger le malfaiteur contre l'honnête homme.

De telle sorte que le droit criminel n'a pas régulièrement dans l'histoire et dans la vie actuelle les vertus sélectives qu'on lui prête. Nous allons en donner un petit croquis schématique qui, bien entendu, n'est pas destiné à remplacer les recherches spéciales à instituer sur ce point pour chaque époque et chaque pays, qui doit bien au contraire montrer l'impossibilité d'établir un principe général en la matière.

Avant toute civilisation, le droit est au plus fort et le plus faible disparaît sans éveiller l'attention de personne. Lorsque l'homme est groupé en famille ou en tribu, l'intérêt du groupe est de ne pas se laisser amoindrir et de prendre la défense des siens. La colère et l'intérêt poussent chaque collectivité à faire subir à leurs rivaux le plus grand dommage. Mais chaque famille est à peu près armée également ; il n'y a pas de déclaration de guerre ouverte, chacun choisit son heure et ses moyens. Les plus puissants, les plus courageux, les plus vigoureux, les plus innocents sont exposés autant que les plus faibles et les plus coupables à succomber dans cette lutte de surprises et guets-apens. Il n'y a sélection ni physique, ni intellectuelle, ni morale, car aucune force, aucune ruse, aucune sympathie ne peut être une protection pour personne.

Le Droit criminel s'est alors manifesté comme le protecteur des bons, de ceux qui n'avaient troublé l'ordre que parce qu'on les y avait contraints ; on s'est indigné de ce que ces luttes de familles décimaient la tribu, peut-être aussi de ce que souvent les plus turbulents, les moins respectueux des coutumes et des principes religieux étaient vainqueurs des meilleurs. Mais il semble que cette première intervention de l'Etat n'ait pas été précisément sélectionniste. Elle est purement équitable, égalisatrice. Telle famille a fait subir un dommage à autrui : il faut lui faire subir un dommage égal afin qu'elle ne devienne pas la plus forte. On n'a pas la prétention de faire triompher le bien du mal, mais d'infliger au malfaiteur le mal qu'il a fait subir à autrui. Ainsi la loi du talion n'est pas sélective car la

perte d'un mauvais suppose la perte d'un bon de telle sorte qu'il subsiste en fin de compte autant de Caïns que d'Abels. Certaines législations poussent ce principe d'égalisation des pertes si loin que la notion de culpabilité s'efface devant elle. L'important est d'infliger à la tribu agressive exactement le même dégât qu'à la tribu lésée et de ne pas lui en infliger davantage. Si un chef a tué un enfant, un jeune homme, une femme, un personnage d'importance secondaire, ce n'est pas le coupable, mais un personnage de même importance que la victime, qui — quoique complètement innocent — sera mis à mort, afin que les préjudices éprouvés ne soient pas plus forts d'un côté que de l'autre.

Par la composition, le coupable se libère moyennant une somme d'argent. Il reste en vie, sa famille ne subit pas d'amoindrissement. L'équilibre est rompu au profit du crime. Il y aura sélection favorable aux mauvais, à moins que les amendes ne soient assez lourdes pour entraîner la ruine du coupable, de sa famille et par suite son élimination indirecte.

Enfin lorsque la répression est complètement exercée par l'Etat, le Droit criminel favorise selon les temps et les circonstances aussi bien les races des coupables, que les races des victimes. Ce ne sont guère que les époques que nous blâmons pour leur sévérité, leur cruauté — dit-on même —, celles où l'on exterminait le coupable et sa descendance ou bien celles où l'on pendait pour vol ou pour moindre délit qui ont pu arriver à sélectionner dans le bon sens. Sinon, dans la lutte entre le bien et le mal, le mal est forcément toujours favorisé ; en d'autres termes les malfaiteurs tuent beaucoup plus d'honnêtes gens que l'Etat ne fait périr de malfaiteurs et par suite c'est la proportion de ces derniers qui doit forcément augmenter. Un système pénal qui l'empêche de trop augmenter est déjà un bien joli système et il paraît impossible de viser plus haut. Il faut songer que les coupables ne sont pas toujours faciles à découvrir ; une fois découverts, ils ont en leur faveur tout un arsenal de protection dans les Codes pénaux et d'instruction criminelle. Une corporation d'hommes actifs et savants se

tiennent à leur service. Ces nombreux avantages que l'on met aux mains des gredins, on ne peut songer à les leur reprendre tout au plus que pour une faible partie, car ils sont nécessaires pour que l'honnête homme ne se prenne pas à son propre piège et qu'on ne condamne pas un innocent à la place du coupable. Et si on songe à l'insignifiance des châtiments dont on frappe les quelques pauvres diables qui se laissent prendre et condamner — on a dépassé en ces matières les bornes de la vraisemblance — on se demande comment on a pu un seul instant espérer faire du Droit criminel un instrument de sélection, alors qu'il est tout le contraire.

On n'a pu s'illusionner à ce point que parce que les criminalistes, se payant de mots et nous payant de mots, nous font méconnaître les réalités. Depuis le temps que l'Etat exerce à notre place notre droit de vengeance privée, nous en avons oublié l'existence. Nous ne voyons dans le Droit criminel que l'Etat à la poursuite d'un malfaiteur et nous ignorons l'autre côté de la médaille, l'Etat nous liant les mains pour nous empêcher de nous venger des torts que nous avons subis. Un personnage de Courteline, ayant été battu, est très étonné que son agresseur s'en tire avec seize francs d'amende. Il critique ce jugement et attrape deux ans de prison. Celui-là avait vu la médaille sous ses deux revers et expérimenté cette vérité peu vulgarisée par les *traités de Droit Criminel* que la protection accordée par l'Etat au coupable contre la victime est plus énergique et plus efficace que la protection accordée à la victime contre le coupable.

Ceci dit, bien entendu, sans critiquer personne. Nous constatons sans le blâmer un état de choses peut-être satisfaisant; nous en tirons ce principe théorique que le Droit criminel ne saurait sélectionner, que le jeu des crimes et de leur répression ne peut qu'être favorable au développement des tendances criminelles, si on les suppose héréditaires.

Heureusement, elles ne le sont pas toujours, elles ne le sont pas nécessairement. Toute une catégorie d'individus sont des criminels d'occasion. Il est à peu près certain que l'homme le

plus moral et le mieux conformé pourrait dans certaines circonstances commettre un crime. Il n'est pas sûr qu'il existe des criminels-nés, que des stigmates physiologiques permettraient de reconnaître. Ce qui ne revient pas à dire que certains individus ne puissent tenir de leur hérédité une tendance au crime. Mais cette tendance persiste-t-elle après plusieurs générations ? On ne saurait l'affirmer. Des colonies de chenapans ont été la source de peuples normaux et de moralité suffisante. De telle sorte que si le Droit criminel ne fait pas de sélection, il n'est peut-être pas indispensable qu'il en fasse.

Nous avons jusqu'ici parlé du crime comme d'un acte faisant tort à autrui. Il est un assez grand nombre d'actes défendus par l'Etat uniquement dans son propre intérêt. Pour que l'Etat puisse diriger la police générale, veiller à l'application des lois, il doit constituer un Etre supérieur aux particuliers, sinon il n'aurait pas plus d'autorité qu'un particulier. Il faut un Droit spécial interdisant aux grenouilles de monter sur le dos du soliveau, sans quoi toutes les grenouilles y seraient vite dessus et le soliveau ne servirait plus à rien. De telle sorte qu'il ne peut pas y avoir un gouvernement même le plus rudimentaire qui n'interdise pas des actes absolument licites, bienfaisants peut-être, inspirés par les meilleurs sentiments, mais de nature à détraquer le mécanisme gouvernemental tel qu'il existe. On ne peut pourtant pas demander à un gouvernement de s'en aller parce que quelques personnes prétendent qu'on pourrait le remplacer par un meilleur. Il faut donc, et il existe d'ailleurs partout un Droit pénal public exorbitant du Droit commun. Ce sera la trahison envers le chef de la tribu, envers le brigand qui protège la contrée, tout ce qui, sans nuire à personne, peut porter malchance à la tribu, attirer la colère céleste, les crimes de lèse-majesté, les sacrilèges, les paroles, les écrits, les actes qui ébranlent l'autorité morale d'un mode de gouvernement, l'insulte au fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, conspirations, coalitions de fonctionnaires, délits d'opinions...

Ce Droit pénal politique joue dans l'ensemble du Droit pénal un rôle prépondérant. Il a eu la prédominance autrefois, en admettant qu'il ne l'ait plus aujourd'hui ; en son honneur sont tombées le nombre de têtes le plus considérable, et si de nos jours tant de gens se hasardent à découper en morceaux un homme ou une femme et à promener des cadavres dans des malles par les températures les plus chaudes, qui n'oseraient pas lancer un caillou dans l'horloge d'une préfecture, c'est qu'ils savent combien sont réprimés les délits contre les autorités, et sur combien d'indulgence peuvent compter ceux qui se bornent à éliminer les particuliers. Car les magistrats sont et ont été le plus souvent avant tout des fonctionnaires au service de l'Etat ; ce qui ne les empêche pas d'être des hommes instruits et équitables et de haute valeur morale qui quelquefois peuvent être utiles aux intérêts privés.

Ceux qui affirment le plus énergiquement la nécessité pour un gouvernement de se défendre ne refusent pas leur estime aux personnages qui succombent dans ces luttes politiques et dont la valeur morale peut être considérable. Les révolutionnaires ne sont pas toujours des êtres supérieurs comme on est trop porté à le croire, mais ils peuvent être des gens qui, par leur valeur personnelle, mériteraient un meilleur sort et dont la suppression ne constitue pas une plus-value pour l'ensemble de la Société. On immole des gens ou des groupes entiers au fait du prince, à la raison d'Etat, et l'expérience nous montre que la main de la justice n'est nulle part légère en cette circonstance. Ce droit criminel ne suppose aucune sélection.

La plupart des législations pénales européennes sont plus ou moins faussées par des considérations de politique ou de morale générale. La loi française punit de dix mille francs d'amende le fait de se déclarer candidat à la députation dans plusieurs arrondissements, acte qui ne porte tort à personne et ne saurait dans aucun cas produire aucun effet. Personne n'a jamais payé ces dix mille francs là, mais pourquoi ne pas s'épargner ce ridicule? Dans d'autres pays, on punit le suicide et notre collègue Kuhlenbeck, dont les principes généraux de

droit pénal sont cependant recommandables, réclame le châtiment de certains actes qui ne portent tort à personne, parce qu'ils sont particulièrement dégoûtants. Il y a tant de choses dégoûtantes en ce monde que la justice ne saurait atteindre !

§ 4. — **La sélection en législation.** — Nous n'avons à envisager l'idée de sélection que pour savoir le rôle qu'elle peut jouer dans une méthode historique. La pratique du Droit ne nous regarde pas et lorsque des médecins, des naturalistes, des réformateurs quelconques viennent proposer l'amélioration de la race humaine par des procédés raisonnables ou déraisonnables, ce n'est pas à un travail d'histoire à les critiquer. Ce que nous allons dire s'adresse pourtant aux projets modernes sans être étranger à l'histoire, car l'idée de l'élevage humain est fort ancienne et le passé semble avoir été mieux à même de la réaliser que le présent, si la chose eût été possible.

Les institutions sélectives sont assez nombreuses dans les législations passées : droit pour le père de famille d'exposer les enfants maladifs ou estropiés, épreuves avant le mariage, extermination systématique de certaines races ou de certains individus. Elle ne se présentèrent jamais sous les formes méthodiques et persévérantes par lesquelles l'homme a su influer sur les animaux domestiques et les végétaux comestibles. Et cela pour des raisons qui furent identiquement les mêmes à toute époque, et les mêmes réponses peuvent être faites à Platon, ou aux utopistes les plus modernes. De l'un aux autres, les faiseurs de *Cités Futures* sont nombreux et on ne peut pas dire qu'ils soient allés en progressant comme valeur intellectuelle. Bien au contraire, un génie comme Platon ne pourrait pas aujourd'hui avoir l'idée de faire une constitution soi-disant idéale, puis de créer l'humanité qui devra s'adapter à cette constitution. Cette méthode ne peut plus être représentée parmi nous que par des esprits n'ayant plus la même envergure. Il suffit d'un très léger frottement scientifique pour se convaincre que s'il est possible de faire les institutions qui

conviennent aux hommes, il ne l'est pas de faire les hommes qui conviennent aux institutions.

Le projet de Platon ne manquait pas de logique. Mais ce qu'il posait comme évident était essentiellement faux. Il croyait qu'une éducation et une instruction bien conduite pouvaient attribuer à des individus les qualités civiques et morales nécessaires. Il croyait à la possibilité de construire sur la dialectique la République éternellement idéale pour toute l'humanité. Il était tout naturel qu'il conçût le projet de faire par sélection des corps bien robustes pour y emmagasiner le solide enseignement de la vertu. Mais maintenant nous ne pouvons plus faire la double erreur de Platon ; nous savons qu'il ne saurait y avoir une société idéale et simpliste bonne pour tous les temps et pour tous les milieux, qu'il nous est impossible de faire l'homme de l'avenir puisque nous ignorons cet avenir et les qualités qui y seront désirables. Nous savons encore que l'éducation, quelle que soit son importance, n'ajoute pas un pouce à la taille et que notre humanité telle qu'elle est en ce moment ne présente aucun rapport d'harmonie du physique au moral. Nos civilisations exigent une infinité de talents spéciaux, de virtuosités exceptionnelles devant lesquelles les qualités générales comptent peu. Il serait enfantin d'imaginer seulement qu'on puisse calculer les qualités qui seront le plus utile dans une génération. Les techniques se transforment rapidement ; et tel qui a toutes les qualités pour bien remplir une profession à l'heure actuelle, y serait peut-être plus tard complètement déplacé.

Saurions-nous dans quelle voie il faut diriger l'humanité, que la sélection serait un instrument bien imparfait. C'est un procédé d'amélioration des races extraordinairement lent et auquel il ne faut demander que bien peu de chose. Pour qu'elle put produire un effet sensible, il faudrait la combiner avec la race ; rechercher la pureté de race au moins autant que les qualités individuelles ; s'essayer à faire des croisements humains pour former des races dérivées, ayant certaines qualités particulières, mais en supprimer les produits

qui ne seraient pas réussis ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent ; enfin faire tout ce que font les éleveurs sérieux. Sinon, il est totalement impossible d'espérer un résultat quelconque.

La loi doit donc renoncer à créer par sélection des sujets de choix. Ce projet se heurterait à des impossibilités morales et matérielles, et il faut ignorer complètement les questions d'élevage pour ne pas le comprendre. Mais est-il nécessaire pour empêcher la dégénérescence d'un pays d'en éliminer les individus moralement ou physiquement tarés et en les empêchant de se reproduire ? Cela est nécessaire dans une certaine mesure, dans la mesure où cela a été toujours pratiqué jusqu'à présent.

Jusqu'ici on s'est reconnu le droit de supprimer ceux qui avaient détruits d'autres existences, comme ayant fait preuve du danger qu'ils constituaient pour tout le monde si on les laissait en liberté. Quant aux bossus, aux borgnes, aux infirmes de tout genre, on en avait pitié, on ne songeait pas à les supprimer. Sans doute, si au lieu de cet idiot qui mendie à la porte du café un être robuste et intelligent était né, la collectivité serait meilleure et nous en profiterions en partie. S'il était capable d'aider à la cuisine, notre bifteck serait mieux à point et notre café mieux rôti. Nous avons tous intérêt à ce que le niveau humain s'élève ; mais nous n'y avons aucun droit. Et si les théoriciens s'évertuent à découvrir en vertu de quel principe je puis demander la destruction de celui qui a manifesté l'intention de me détruire, comment pourront-ils établir que je puisse réclamer la non-existence d'un bossu sous le prétexte d'ailleurs très contestable que s'il n'existait pas je jouirais de quelques avantages matériels ou intellectuels supérieurs. Les théories sur le droit de punir ont manqué le chemin de l'abstraction où la pensée est rigoureusement conduite pour tomber dans la phraséologie où elle se dissipe et reste impuissante et s'il était possible par la théorie de la sélection de les rendre plus positives, ce serait un fort heureux résultat. Par malheur, la sélection n'est qu'un mot qui ne peut satisfaire ni

la plus rudimentaire logique ni le plus brutal réalisme. Dire que la société punit pour sélectionner n'est pas en fortifier l'autorité, car si nous ignorons d'où lui vient le droit de punir, de supprimer ou d'amoindrir ceux qui ont occasionné des dommages directs et incontestables, d'ou peut bien lui venir le droit de sélectionner, de supprimer ceux qui n'ont fait tort à personne et qui peut-être n'en feront jamais? Lorsque des professeurs de Droit criminel auraient à traiter le chapitre *Du Droit de sélectionner*, il est probable qu'ils renonceraient à tout argument théorique devenu absolument insoutenable et se verraient réduits à conclure : « Nous sélectionnons parce que c'est utile ».

Or ce ne serait peut-être ni utile, ni bienfaisant, parce que les dégénérés peuvent tout aussi bien être supérieurs ou inférieurs. Ces êtres petits, rabougris, monstrueux même sont peut-être les représentants d'une humanité particulièrement civilisée et mesquine, capable de borner son horizon, d'enfermer une certaine capacité intellectuelle dans quelque chose qui coûtera très peu à nourrir et à loger.

La conciliation de la justice et de la sélection législative ne me paraît pas avoir été exprimée en termes pratiques. Les applications proposées sont ou peu sélectives ou parfaitement injustes. On peut donner ce dernier qualificatif à toute mesure qui entraverait directement ou indirectement, par menace ou par conseil, la liberté d'action ou de propagation d'individus n'ayant pas contrevenu au Droit pénal.

Lorsqu'il s'agit d'individus s'étant rendus coupables de délits et de crimes de nature à nuire à autrui, il serait alors très licite de profiter de l'occasion pour donner satisfaction aux partisans de la sélection, sans léser les principes de la justice. Il serait même possible de leur donner, par une pratique sélective, plus d'autorité. Il faudrait, comme on l'a proposé, adjoindre aux juridictions légales des juridictions médicales, de telle sorte que ceux qui échappent à la condamnation juridique, sous prétexte d'irresponsabilité, soient frappés de condamnations médicales moins moralement et physiquement

douloureuses, mais plus éliminatrices. S'il faut faciliter le relèvement du criminel d'occasion après lui avoir fait sérieusement expier sa faute, il convient de ne pas faire souffrir inutilement le criminel-né, si sa responsabilité est nulle, mais d'annuler définitivement son existence en empêchant son retour dans la société. Ainsi l'institution de peines médicales serait un bienfait pour le Droit ; par elles, disparaîtraient ces interminables et insipides discussions sur la responsabilité des accusés, ces acquittements dangereux arrachés à la faiblesse du juge au profit d'êtres essentiellement nuisibles, qui viennent reprendre leur rang social, tandis que d'autres moins coupables et mieux équilibrés en sont exclus à tout jamais. Mais elles ne seraient bienfaisantes, justes et juridiques qu'à la condition *sine qua non* d'être réservées aux accusés pour qui on aurait plaidé l'irresponsabilité ou l'atténuation de responsabilité basée sur leur état mental, ou qui auraient été soumis d'office à une expertise concluant dans ce sens.

Cet exemple prouve qu'il n'y a pas incompatibilité entre l'idée biologique et l'idée juridique pure à laquelle les considérations exposées plus haut nous engagent à rester fidèles. Mais l'idée de sélection ne saurait suffire à constituer la base théorique et pratique d'une partie quelconque du Droit.

LITTÉRATURE SUR LA SÉLECTION DANS LE DROIT ET PAR LE DROIT

Darwin. *Origine des espèces.* Ch. X. — « Il est complètement vain de vouloir juger de la supériorité relative des êtres et types bien distincts... Dans le combat si complexe de la vie, il est tout à fait croyable que des crustacés par exemple, et non pas même les plus élevés de leur classe, puissent vaincre des Céphalopodes, c'est-à-dire les mollusques les plus élevés ; et de tels crustacés, bien que d'une organisation peu élevée, n'en seraient pas moins

placés très haut dans l'échelle des animaux invertébrés, en vertu du plus décisif de tous les jugements, le jugement du combat. »

E. V. Hartmann. *Le Darwinisme.* p. 71. — « Partout ce sont les individus les mieux portants, et le mieux en état de résister à toutes les maladies, qui concourent surtout à la perpétuation de la race ; mais, à côté de la santé, il y a la force de supporter longtemps la faim et la soif, la chaleur et le froid, la sécheresse et l'humidité, aussi bien que la force musculaire, la vélocité, l'industrie, suivant les conditions d'existence le mieux appropriées à chaque animal. Or la santé, l'aptitude à la résistance prolongée, aux fatigues de toute sorte, la force, la vitesse, l'industrie, contribuent aussi indépendamment du type, à le faire parvenir au plus haut degré de beauté qu'il soit susceptible d'atteindre. La réunion de l'adresse avec la beauté constitue ce qu'on appelle l'ennoblissement des races. La lutte pour l'existence agit donc partout en faveur de la conservation à l'état de pureté et de l'ennoblissement des espèces, et elle se présente ainsi comme un des agents principaux dont la nature se sert pour réaliser ses idées ».

Delaunay. *De la disparition des êtres supérieurs. Bullet. de la Soc. d'Antrop.* T. VI. 3me série. p. 889. — « Quelle que soit l'époque à laquelle elle appartient, chaque forme, chaque espèce subit l'évolution suivante : elle apparaît, se développe, se différencie, atteint un maximum de variation, puis subit une évolution rétrograde pendant laquelle les variétés les plus inférieures et les plus perfectionnées disparaissent, les races moyennes seules subsistent. »

« Les races humaines se développent, atteignent leur apogée, puis subissent une dégénérescence qui les amène à leur moyenne. Telle a été l'évolution de toutes les races inférieures, qui ont créé leur civilisation avant la nôtre : Chinois, Hindous, Egyptiens, Phéniciens, Babyloniens, Assyriens, Perses, Grecs, Romains, Arabes, Turcs, sans compter les civilisations africaines, américaines, mexicaines.... »

Vilfredo Pareto. *Les systèmes socialistes.* T. I. p. 8. — « Il est un fait extrêmement important pour la physiologie sociale, et c'est que les aristocraties ne durent pas. Elles sont toutes frappées d'une déchéance plus ou moins rapide. »

P. 10. « Actuellement, dans nos sociétés, l'apport des nouveaux éléments, indispensables à l'élite pour subsister, vient des classes inférieures et principalement des classes rurales....

Le fait est certain, les causes n'en sont pas encore bien connues. Pourtant il paraît fort probable que la sélection rigoureuse qui s'exerce dans les classes inférieures surtout pour les enfants, a une action des plus importantes. »

P. 15. « Ce phénomène des nouvelles élites, qui, par un mouvement incessant de circulation, surgissent des couches inférieures de la société, montent dans les couches supérieures, s'y épanouissent et ensuite, tombent en décadence, sont anéanties, disparaissent, est un des principaux de l'histoire, et il est indispensable d'en tenir compte pour comprendre les grands mouvements sociaux. »

Jacoby. *Etudes sur la sélection*. p. 431. — « La stérilité, les psychopathies, la mort prématurée et finalement l'extinction de la race, ne constituent pas un avenir réservé spécialement et exclusivement aux dynasties souveraines. Toutes les classes privilégiées, toutes les familles qui se trouvent dans des positions exclusivement élevées, partagent le sort des familles régnantes quoiqu'à un degré moindre et qui est toujours en rapport direct avec la grandeur de leur privilège et la hauteur de leur position sociale. »

Forel. *La question sexuelle*. p. 32. — « On a souvent prétendu que les qualités des hommes supérieurs s'épuisaient en peu de générations, tandis qu'en revanche la masse de la moyenne normale produisait perpétuellement de nouveaux génies. Le fait que les descendants d'hommes distingués sont souvent fort médiocres et que des hommes remarquables sortent soudain du peuple, paraît au premier abord donner raison à cette assertion superficielle. On oublie cependant que dans un peuple, dont la masse moyenne se compte par milliers ou millions d'individus, tandis que les hommes vraiment supérieurs ne se comptent que par unités ou dizaines, toute cette arithmétique se réduit à l'absurde par l'inégalité des nombres....

« Une autre erreur qu'on commet en pareil cas est de négliger l'influence des lignées maternelles.... Dans son *Histoire de la Science et des Savants*, Alphonse de Candolle a donné la preuve irréfutable que la postérité des hommes supérieurs fournit un nombre proportionnellement énorme d'hommes supérieurs à leur tour, si on la compare à celle de la moyenne du peuple même instruit. »

Odin. *Genèse des grands hommes*. T. I. p. 540. — « Il résulte en somme de nos données que la fécondité relative en gens de lettres de la société diffère dans des proportions vraiment phénoménales. La noblesse a produit relativement $2^1/_2$ fois plus de gens de lettres de talent que la magistrature, $6^1/_2$ fois plus que les professions libérales, 23 fois plus que la bourgeoisie, et 200 fois plus que le prolétariat ; ce dernier chiffre n'étant encore qu'un minimum. »

H. von Nathusius. *Vorträge über Viehzucht und Rassenkennt-*

niss. 1890. — « Je länger gewisse Eigenschaften bei den Vorfahren vorhanden waren, desto wahrscheinlicher werden dieselben Eigenschaften auch bei den Nachkommen auftreten — dass ist die Konstanz, wie sie niemals von irgend einen Züchter bestritten oder in Frage gestellt ist. »

BIRNBAUM. *In Mentzel u. v. Lengerkes. landwirt. Schreibkalender.* — « In Bezug auf die Züchtungsgrundsätze, ist es nach dem lebhaften Streite in den Vorjahren wieder stiller geworden. Ohne Zweifel gewinnt überall da, wo man hauptsächlich Fleischzucht im Auge hat, die Wahlzucht mehr Boden, während für hohe Leistung in einzelner Richtung — feine Wolle, Milch — die Stammzucht und für combinierte Richtungen — Wolle u. Fleisch, Fleisch und Arbeit — die Kreuzung mit bewährten Rassen vorgezogen wird. »

KRÆMER. *Die Controverse über Rassenkonstanz.* p. 51. — « Und dazu kommt noch, dass alle die Hauptautoren auf dem biologischen Gebiete, die sich in ihren Arbeiten den Fragen der Zootechnik näherten — wie Darwin selbst, Häckel, Rüttimeyer, Büchner und andere — von Tierzucht eben doch so wenig Kenntnis verrieten, dass man die Haltung der Zootechniker wohl zu begreifen vermag. »

« Die Konstanzlehre sah den Wert der Zuchtthiere in der Reinheit ihrer Rasse und Abstammung, die nur allein dem Thier die gesicherte Vererbungskraft gäben. Jede Züchtung mit Thieren gemischten Blutes sei unsicher und werde zu Misserfolg führen. In der äussersten Konsequenz konnte eventuell, wenn es auch kaum jemals vorkommen mochte, die Ansicht sich geltend machen, dass der Zuchtwert gleich reiner und gleichgezogener Thiere stets derselbe sein müsse,und dass die individuelle Zuchtwahl sowie die äusserlich einwirkenden Faktoren, mit deren Einfluss man sonst aber sehr zu rechnen gewohnt war, gegenüber der Rassenreinheit das Blutes in der Hintergrund treten dürfen. »

Id. p. 97. — « Trotz eines Jahrhunderts energischer und hochintelligenter Züchterarbeit ist kein englisches Vollblutpferd mehr entstanden, das nach jeder Richtung hin die Vorzüge seiner hervorragendsten Ahnen, Flying Shilders und Ecclipse erreichte. « Der Hengst Turkmainatti », sagt Biber mit Recht, « der Stier Hubback, der Bock Napoleon : sie sind nachweislich nicht einmal von einem ihrer Nachkommen erreicht worden. »

Id. p. 133. — « In der Schweiz, die in der Rindviehzucht einen Weltruf besitzt, hörte ich stets nur von « Rassenzucht » reden, und der Sinn dieses Wortes ist klar : Die rassigen Tiere sind edle Tiere, schön, leistungsfähig und deshalb die Lieblinge des Menschen.....

« Hat denn tatsächlich die Individualpotenzlehre an dieser urältesten Grundlage jeglicher Züchtung zu rütteln vermocht? Ich glaube nein. »

··· *Grundsätze der Realpolitik*. 1853. p. 3. — « Nur als Macht ist das Recht zur Herrschaft berufen, das heisst der Herrschaft fähig ... Die Macht gehorcht nur der grössern Macht, und der Starke kann sich nicht von dem Schwachen beherrschen lassen, selbst wenn er es wollte, oder vielmehr wollen könnte.... »

P. 5. — « Zu den gesellschaftlichen Kräften gehören aber auch die schlummernden Anlagen und die unentwickelten Fähigkeiten. So lange sie bloss im Keime vorhanden sind haben sie selbstverständlicher Weise keinen Anspruch auf staatliche Geltung, aber es ist die unabweisliche Aufgabe der Politik sie zu beleben und ihre Entwicklung zu fördern. »

STAMMLER. *Die Lehre vom dem richtigen Rechte*. p. 250. — « In dem kleinen Verbande mögen die Mitglieder es noch genauer überschauen ; und so eindringlich in und mit einander leben, dass das Zutrauen zu dem Genossen und dessen freies Bestimmen dem Zusammenhange der Interessen zumeist förderlich ist. Dass auch in den weiten Ausdehnungen grosser Staatsverbände dem so ist lässt sich mit gleicher Sicherheit nicht behaupten. Hier werden die einzelnen einander persönlich in Menge ganz fremd ; nur das rechtliche Band schliesst sie zusammen. Und so kommt leicht die falsche Meinung, als ob ausser der Rücksicht auf das gerade gesetzte Recht eine fernere Rücksicht auf den rechtlich Verbundenen nicht zu gelten habe. Ja est tritt als stärkste Verirrung, die Vorstellung von einem Kampfe um das Dasein innerhalb des Rechtsverbandes und unter den Gemeinschaftern als möglich auf : Da doch nuch ein gemeinsames Kämpfen und Streiten gegen die Widrigkeiten und Mängel der menschlichen Lebensbedingungen da sein sollte. »

LE PLAY. *Réforme sociale*. I. p. 223. — « Au milieu des populations les plus heureusement douées, il existe toujours une proportion considérable d'individus, qui, à raison des vices de leur constitution physique, des lacunes de leur intelligence, et, en général de l'infériorité de leurs aptitudes sociales, ne peuvent utilement être admis au mariage. Il est manifeste qu'en conférant seulement cette dignité civile aux plus prévoyants, aux plus habiles et aux plus robustes, on rehausserait singulièrement les qualités morales et physiques d'une race d'hommes. »

HENRY DE VARIGNY. *Zootechnie royale*. — « Et puis, il y a les institutions sociales malfaisantes, mais que notre altruisme développe sans cesse : Tout ce que l'homme a imaginé pour conserver en vie les déchets de l'humanité et leur permettre de se

multiplier (et c'est monstrueux, philosophiquement, ce droit à se reproduire qui est intégralement accordé à tous) en empoisonnant le corps social. Etrange antinomie : L'homme formule les lois de l'hérédité et de la sélection ; il les applique le plus heureusement du monde aux plantes et aux animaux ; il améliore le cheval, le mouton, la laitue et le blé, et il oublie de s'améliorer lui-même. »

Forel. *La question sexuelle*. p. 582. — « Est-il donc rationnel et raisonnable d'abandonner à la sélection naturelle, devenue de ce fait chez l'homme un facteur de recul, c'est-à-dire au hasard brutal, à la maladie, à la famine ou à l'infanticide, la régularisation quantitative ou qualitative de la procréation de nos enfants, précisément à une époque de l'évolution où la science et la technique luttent avec le plus de succès contre les accidents, les maladies, la mortalité des enfants et la famine. »

P. 583. — « La sélection humaine est le principe qui doit nous conduire au but à atteindre dans un avenir éloigné. Ce n'est pas par la contrainte légale, mais par une instruction largement répandue que nous ferons reconnaître et accepter généralement ce principe. »

P. 584. *Types à éliminer*...

P. 585. *Types à multiplier*. — « Il faut au contraire pousser à la reproduction les hommes utiles au point de vue social, c'est-à-dire ceux qui témoignent d'une grande joie au travail et ceux qui sont d'une humeur égale, pacifique, bonne et aimable. S'ils sont doués en outre d'une intelligence claire et d'un esprit actif, ou même d'une imagination créatrice intellectuelle ou artistique, ils constituent d'excellents et même particulièrement heureux reproducteurs pour l'avenir. En pareil cas, on fera bien de passer sans difficultés sur certaines tares personnelles pas trop graves. »

Woltmann. *Politische Anthropologie*. p. 243. — « Das Strafrecht ist als ein Organ der sozialen Auslese zu betrachten. Freilich merzt es die mit antisozialen Tendenzen behafteten Individuen nur da aus, wo sie durch Todesstrafe, Friedloslegung, Versklavung und lebenslängliche Isolierung aus dem « Rasseprozess » ausgeschieden werden. Diese ausjätenden Strafen, die in primitiven und barbarischen Staaten oft bei geringfügigen Vergehungen verhängt werden, erfahren bei civilisierten Völkern eine immer grösser werdenden Einschränkung;..... Damit wird aber die auslesende und schützende Tendenz des Strafrechts sehr herabgedrückt. »

Jacques Dhur. *Les forçats propriétaires*. *Journal*. 5 août 1907. — « A la ville, le forçat est un petit commerçant. On lui donne une maisonnette coquette, avec un jardinet où il cultive des

fleurs, indice d'une âme pure. Et il mène l'existence tranquille, exempte de soucis, d'un boutiquier de chef-lieu de canton. »

« Aux champs, le bagnard devient laboureur. Il a une ferme, une basse-cour, parfois des bœufs et des vaches. »

. . . .

« Les colons libres — que ceux-là, aucune tare pénale ne souille — n'ont pas toutes ces faveurs.... Les terres leur sont mesurées avec une étroite parcimonie.... Aussi les honnêtes gens, là-bas, sont-ils bientôt réduits à la [misère. Et il leur faut louer leurs bras aux bagnards — devenir les domestiques de malfaiteurs ! J'ai vu, de mes yeux vu, cette chose monstrueuse. »

Kuhlenbeck. *Natürliche Grundlagen*. p. 194. — « Ich möchte sogar behaupten, dass gerade diese Strafnormen, welche nicht ein an und für sich Gesellschaftfeindliches, den Nächsten verletzendes Verhalten treffen, die vielmehr gegen ein an und für sich die Menschenehre beleidigendes, unwürdiges Verhalten gerichtet sind, die jenigen sind, bei denen zuerst die bewuste Selection als Strafprincip zum historisch Duchbruch gelangte. »

Forel. *La question sexuelle*, p. 450. — « Notre droit pénal actuel connaît encore de singuliers crimes sexuels et les punit en vertu de motifs souvent bien curieux... Où la loi prend-elle le droit de punir un acte qui ne lèse personne ? »

Durkheim. *De la division du travail social*. p. 305. — « On sait d'ailleurs aujourd'hui que ce prétendu type criminel n'a en réalité rien de spécifique. Bien des traits qui le constituent se retrouvent ailleurs. Tout ce qu'on aperçoit, c'est qu'il ressemble à celui des dégénérés, des neurasthéniques, Or, si ce fait est une preuve que parmi les criminels il y a beaucoup de neurasthéniques, il ne s'ensuit pas que la neurasthénie mène toujours et invinciblement au crime. Il y a au moins autant de dégénérés qui sont honnêtes, quand ils ne sont pas des hommes de talent ou de génie. »

Gina Lombroso. *I vantaggi della degenerazione*. Analyse de Fauconnet. *Année sociol.*, 8e année, no 185. — « Ce qu'on appelle, en y ajoutant un sens péjoratif, du nom obscur de dégénérescence, consiste dans une adaptation au milieu, exactement comme ce qu'on appelle évolution ; entre les caractères progressifs et les caractères dits de régression, il n'y a pas de démarcation nette...

« Mais dès qu'il s'agit de l'homme contemporain, les phénomènes de dégénérescence incontestable qu'il présente sont appréciés d'une manière purement sentimentale, comme des phénomènes affligeants et menaçants de régression, de décadence. Et on s'efforce d'arrêter cette décadence organique par toute une législation

hygiénique qui cherche à imposer un type de structure et de santé aussi tyranniquement que la société du moyen âge imposait l'uniformité des croyances. »

Félix le Dantec. *La lutte universelle*, p. 158. — « L'humanité n'est-elle pas en train de devenir, sous l'influence du développement considérable du fléau (la tuberculose), une humanité nouvelle dans laquelle le bacille de Koch serait pour nous un commensal anodin ou même utile ? Il y a lieu de l'espérer...

Dans les cas de maladies chroniques, il faudrait au contraire que tout le monde fût atteint ; il n'y aurait pas immunité d'espèce, mais seulement une accoutumance ; et par conséquent les individus qui, par l'emploi des précautions requises, évitent la tuberculose, nuiraient au progrès général ! C'est là, aujourd'hui encore, du pur roman, mais il est permis de se leurrer d'espérances chimériques quand la vérité paraît trop douloureuse. »

Kuhlenbeck. *Discours d'installation.* — Il faut certainement connaître les principaux types des races humaines, leur évolution par la sélection et l'importance de la sélection sociale pour adapter le droit aux besoins et à la valeur respective des hommes. Mais je conteste que ces sciences naturelles soient compétentes pour établir les principes et nous imposer, pour ainsi dire, une morale tout à fait moderne ressemblant à s'y méprendre à l'antimorale de notre malheureux sophiste Nietzsche, en renversant l'idée de justice et en la remplaçant par la raison du plus fort. »

Id. *Die Grundlagen.* p. 198. — « Das Misstrauen gegen die ganze Sippschaft eines Verbrechers ist allerdings berechtigt, die Naturgesetze der Vererbung fordern dessen Berücksichtigung auch seitens der Staats- und Gesellschaftslehre, *aber sie fordern sie innerhalb des Rahmens der Gerechtigkeit.* »

Lacombe. *Nature et humanité. Rev. de synt. histor.* LVI, p. 30. — « ... Je ne vois pas la nécessité de faire aux objections de la biologie des réponses si exactement parallèles et des réponses *dans sa langue.* Raisonnons de l'homme moral et des sociétés en langue psychologique ; c'est la seule appropriée, de même que l'étude de l'histoire des diverses sociétés successives, l'histoire des institutions et des mœurs est la seule étude compétente pour nous donner des conseils en matière politique et sociale. »

CHAPITRE V

Psychologie sociale et socialisme psychologique.

Bibliographie. — Auguste Comte, *Cours de Philosophie positive* ; — Stuart Mill, *Auguste Comte et la philosophie positive* ; — Herbert Spencer, *Principes de sociologie* ; — Wundt, *Die Logik* ; *Vœlkerpsychologie* ; — Dithley, *Einleitung in die Geistwissenschaften*, 1884 ; — Vierkandt. *Naturvœlker und Kulturvœlker. Ein Beitrag zur Socialpsychologie*. 1896 ; — Simmel, *Einleitung in die Moralwissenschaft* ;

Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique* ; *De la division du travail social* ; — Durkeim et Mauss, *De quelques formes primitives de classification, Contribution à l'étude des représentations collectives, Année sociol. 6e an.*

Richard, *L'idée d'évolution. 2e part.* ch. VI. *La sociabilité et la genèse de l'être raisonnable* ; *Notions élémentaires de sociologie* ; *Les lois de la solidarité morale.*

Worms, *Philosophie des sciences sociales* 1904. T. I., T. II c. 3 ; *Psychologie collective et psychologie individuelle*. 1899 ; *Annales de l'Institut de sociologie*. T. X. ; — A. Fouillée, *La Société est-elle une réalité et une conscience ? Rev. intern. de soc.* Oct. 1905.

Rossi, *Sociologia e psicologia collectiva*, 1904 ; — Miceli, *Il diritto quale fenomeno di credenza colletiva. Riv. ital. di Soc. Anno* IX. — Grassi Bertazzi, *Il metodo positivo e l'influenza del fattore sociale nella psicologia*. 1905 ; — Vadalà Papale, *Il processe dinamico della legge*, 1893.

Tarde, *L'opinion et la foule* ; *Etudes de psychologie sociale* ; — G. Lebon, *Psychologie des Foules* ; — Sighele, *La foule criminelle* ; — Aubry, *La contagion du meurtre* ; — Duprat, *Les causes sociales de la folie* ;

Tanon, *Evolution du Droit et conscience sociale* ; — Bourgeois et Croiset, *Essai d'une philosophie de la solidarité* ; — Secrétan, *Le principe de la morale*, 1903.

Lester F. Wark, *La différenciation et l'intégration sociales*, 1903 ; — Isoulet, *La cité moderne* ; — de Roberty, *La recherche de l'unité* ; *La sociologie* ; *La psychologie sociale*, 1897 ; *Le Bien*

et le Mal, 1896; *Nouveau programme de sociologie*, 1904; — Draghicesco, *Du rôle de l'individu dans le Déterminisme social; Le Problème de la conscience*, 1907.

Makarewitcz, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*; — Hubert et Mauss, *Esquisse d'une théorie générale de la magie Année soc.* 1904; — Huvelin, *Magie et Droit individuel, An. Sociol.*, 1907; — Lot, *Fidèles et vassaux*.

Nous avons admis les faits biologiques parmi les causes du Droit. Ils n'en sont pourtant pas les causes immédiates. Ils font le triage des êtres vivants qui prennent part au développement juridique; ils influent sur les pensées de ces êtres et déterminent plus ou moins leurs qualités intellectuelles. Mais entre le phénomène physiologique et la naissance de la loi ou de l'institution doivent forcément se produire des pensées humaines. Le Droit est l'effet ou l'expression de certaines d'entre elles. En elles, nous allons rechercher les causes psychologiques du Droit.

On a défini la psychologie, la science des faits de conscience individuels. Tout fait psychologique est un travail organique ou cérébral dont l'animal ou l'homme qui l'accomplit a une connaissance plus ou moins complète. Par le mot « individuels » on a voulu apporter à la définition une restriction importante. Si ce travail cérébral accompagné de ce même degré de conscience est provoqué par la société, s'il se produit chez un animal vivant avec d'autres animaux sous une forme particulière, qu'il n'aurait pas pu avoir si cet animal avait vécu isolé, il ne constituerait plus un phénomène psychologique, mais un phénomène social; il serait l'objet d'étude d'une autre science, de la science des faits provoqués par la vie en société, de la science sociale, de la sociologie.

Si on prenait cette définition au pied de la lettre, il serait à craindre que la psychologie devint bien peu de chose, peut-être même rien du tout et qu'elle s'éteint faute d'objet. Car elle étudie surtout les opérations mentales et les sentiments de l'homme et l'homme ayant toujours vécu en société, il n'aurait pas s'il avait vécu isolé les façons de raisonner et les affections

que nous constatons en lui à l'heure présente, de telle sorte que si nous étudions l'amour, l'amitié, l'avarice, le pouvoir d'abstraire, de généraliser du civilisé moderne nous ferions de la sociologie et non de la psychologie. D'autre part, la sociologie est une science très jeune, encore mal fixée. Elle a produit un grand nombre de travaux, inspirés de principes divers et n'observant pas la même attitude par rapport à la vieille psychologie individuelle. Des faits de conscience y sont étudiés mais beaucoup d'autres faits de nature très diverse de telle sorte que la terminologie proposée est essentiellement vicieuse et ne pourrait qu'entrainer des confusions.

Disons donc que la psychologie est la science de tous les faits de conscience individuels ou sociaux ; mais comme il est licite d'étudier l'homme tel que nous le voyons sans nous occuper de son passé, d'observer en quoi sa vie mentale dépend de sa vie physiologique, de critiquer ses formes de raisonner dont les unes conduisent à l'erreur, les autres à la vérité, nous distinguerons une psychologie individuelle qui fera abstraction du fait que l'homme est un être social. Pour ceux qui au contraire voudront rechercher les dépendances de l'homme avec son milieu, qui veulent établir comment les diverses formes de société ont influé sur nos sentiments, ou bien même en quoi l'individu actuel se transforme au contact de ses semblables, nous réserverons l'expression de psychologie sociale.

La plupart des sociologues font de la psychologie sociale. Ils ont ainsi révélé des formes de penser nouvelles que l'observateur de l'individu isolé ne peut découvrir ; ils ont aussi éclairé d'un jour nouveau l'origine de nos sentiments et de nos idées. En vertu de cette double constatation que la pensée humaine est le produit des institutions et les institutions le produit de la pensée humaine, l'historien du Droit ne peut négliger cette partie de la sociologie sans laisser subsister dans son œuvre une lacune capitale. Ce n'est pas à dire qu'il soit obligé même pour la durée d'un chapitre de se transformer en sociologue et d'élever une nouvelle construction en un pays où architectes et entrepreneurs ne manquent pas. Discuter les

faits signalés par les sciences sociales ne revient pas à discuter ces sciences en elles-mêmes. Chaque système sociologique est un ensemble d'axiomes, de constatations expérimentales, de principes de méthode ; il pourrait se rencontrer de mauvaises observations dans un bon système, et de bonnes observations dans un mauvais système. L'histoire du Droit reste différente de la sociologie même lorsqu'elle traite les mêmes matières. Ici notamment nous étudions le lien causal qui peut réunir certains phénomènes, tandis que les sociologues observent plutôt les phénomènes en eux-mêmes, les classent, les groupent, en recherchent les uniformités. Nous, au contraire, nous nous préparons à l'analyse des causes particulières, par une analyse théorique des uniformités qui nous sont présentées. La manœuvre bonne pour un historien pourrait être mauvaise pour un sociologue. Ainsi notre analyse de psychologie sociale comme cause juridique n'est pas de la sociologie.

Le Droit est un fait social par sa fonction : il calcule les intérêts réciproques de personnes destinées à vivre ensemble et avec d'autant plus de minutie que cette vie en commun est continuelle et intime ; par ses tendances il manifeste toujours des sentiments de sympathie, au moins de sympathique indifférence, désir de vivre d'accord, en paix avec le voisin. Il est enfin social par son mode d'élaboration : il est promulgué par des assemblées humaines ou par des individus qui se trouvent sous l'influence de leur entourage, qui, en tous cas, quelle que soit leur indépendance d'esprit doivent à leur éducation individuelle ou héréditaire le pouvoir de dicter des lois à leurs concitoyens.

§ 1. — **Rapports psychologiques entre individu et société.** — Il suffit au moraliste pour prêcher modestie, solidarité voire même fraternité à l'individu orgueilleux trop enclin à se croire le fils de ses œuvres de montrer combien la vie matérielle de chacun dépend des autres hommes, de l'organisation sociale. Le rêveur de Sully-Prudhomme qui se croit un instant réduit à faire lui-même son pain, ses vêtements, sa maison, a reçu

une merveilleuse leçon de philanthropie. Mais cette dépendance matérielle de chacun envers tous est complètement étrangère à nos recherches. C'est la dépendance intellectuelle, psychologique de l'homme au groupe social qui nous intéresse seule et à cet égard les idées sont particulièrement confuses. Les liens sociaux sont nombreux et de nature très diverse. Il convient d'en dégager les types les plus importants.

I. — Sentiments individuels ayant la collectivité pour objet. — La sociabilité est un sentiment de plaisir qu'éprouve l'individu à faire partie d'un groupe, à vivre en commun avec d'autres hommes, même lorsque les besoins de la vie matérielle ou intellectuelle ne l'exigent point. Il existe de nos jours chez presque tout être humain, enfant ou vieillard à des degrés divers, et joue un rôle important dans notre vie. Il est collectif en ce sens que nous affectionnons en lui une certaine forme de solidarité beaucoup plus que les individus qui y correspondent. L'un tient à son foyer, mais est tout prêt à divorcer pour en former un autre ; l'autre aime la vie de cercle, mais ce ne lui sera pas un chagrin de quitter celui qu'il a fréquenté de longues années, pour un autre où il ne verra plus les mêmes figures, s'il y trouve les mêmes habitudes ; il est des patriotes qui tiennent beaucoup plus à l'honneur de la patrie qu'à la vie de ceux qui la composent. Nous sommes traités tous les jours de cher concitoyen, cher compatriote, cher camarade, cher collègue par des gens qui nous affectionnent en tant que membre d'un certain groupe mais ne pleureront pas beaucoup à notre enterrement.

La philanthropie, l'altruisme, la charité, l'humanité, ont l'individu pour objet et non une collectivité. Mais ils s'adressent à l'homme parce qu'il est homme, en négligeant par principe ses qualités individuelles. Ils le traitent comme une chose fungible et sont peu agréables à subir. « Il vaut mieux faire envie que pitié » dirons-nous avec la profonde Mme Josserand, qui incarne chez Zola les conceptions les plus positives.

Pourtant celui qui nous envie nous déteste, celui qui a pitié de nous, a pour nous de la sympathie, mais nous préférons

le premier parce qu'il nous considère plus individuellement, parce qu'il nous ravilit moins que le second à nos propres yeux. La philanthropie n'est pas objectivement collective; elle est quand à son objet un sentiment individuel neutre.

A tous égards, le sociable est le philanthrope sont deux êtres tout à fait différents. La sociabilité s'accorde avec l'affection, l'estime, la haine ou le mépris. Il est des individus qui ont l'horreur de l'isolement, ne peuvent rester cinq minutes avec leurs propres pensées, ont besoin d'autrui pour ne pas s'ennuyer, sans avoir la moindre sympathie pour ceux avec qui ils vivent.

La littérature romantique a mis en relief un type de viveur sceptique qui promène « son superbe mépris des morts et des vivants », mais, qui a soin de le promener dans les milieux où l'on vit et l'on s'amuse. Nous connaissons maintenant l'anarchiste mondain, qui hait la société dont il profite et sans laquelle il n'existerait pas. Les sociables et les philanthropes ne sont pas les mêmes et ne se rencontrent pas dans les mêmes milieux. On trouve plus de ces derniers dans des cabinets de travail de savant, dans les cures isolées des ministres des diverses religions, ou même dans des cuisines de vieilles filles. que dans les parlements, les bourses, les salons, les sociétés même de charité. Il semble bien que pour aimer sincèrement l'ensemble de l'humanité, il est préférable de ne pas fréquenter de trop près des groupes trop nombreux. Evidemment entre les deux sentiments dont l'un nous fait aimer les hommes, l'autre la société des hommes, il n'y a pas incompatibilité nécessaire. En tout cas ils sont bien distincts et on ne les distingue pas toujours assez nettement.

L'un et l'autre sont d'ailleurs individuels dans leur sujet. Ils existent en chacun à des degrés très divers; des causes également personnelles les développent ou les atrophient. C'est une question de caractère d'aimer le monde, d'être patriote, bienveillant à son prochain. Des circonstances toutes particulières à la vie de chacun, le succès ou l'insuccès, un bonheur ou un malheur, une illusion ou une désillusion nous

entrainent à vivre au dehors ou nous font gagner la retraite. Pourtant comme tout autre sentiment individuel, ils peuvent exceptionnellement devoir leur naissance à une impulsion collective. Une poussée de patriotisme peut entrainer des gens très indifférents de tempérament au contact d'une foule patriote.

Leur origine et leur rôle dans l'histoire sont encore douteux. L'homme a-t-il — comme on le croyait surtout autrefois — formé des familles, des tribus, des Etats, parce qu'il était sociable et qu'en vertu de sa constitution psychologique, il s'ennuyait à rester seul? On est de nos jours plutôt porté à croire le contraire. Notre sociabilité viendrait de nos habitudes antérieures; et les groupements sociaux que nous affectionnons auraient des causes moins connues et vraisemblablement plus matérielles. Actuellement la question est absolument douteuse.

II. — Psychologie individuelle née de la vie sociale. — Le cœur et le cerveau humain ne se sont pas développés dans la solitude. Nous sommes faits à l'image des milieux sociaux que nous avons traversés et qu'ont traversés nos ancêtres. S'ils avaient vécu dans des cavernes, et que nous y vivions encore, nous ne pourrions posséder une science bien profonde, des sentiments très raffinés, ni une logique très puissante. Le savoir, l'esprit, le talent, le génie se forment au contact social.

Ce n'est pas une raison pour croire qu'il fermente des choses sublimes dans la masse électorale et pour tirer des feux d'artifice en son honneur. Ce contact social qui inspire l'élan individuel ne le fait pas en fournissant directement des idées et des sentiments plus ou moins élaborés en commun. Rien ne ressemble moins à une collaboration intellectuelle que cette action des hommes les uns sur les autres. Pourtant il est souvent très juste d'affirmer que les idées sont, comme on dit, dans l'air; et que le génie est un produit du milieu.

Supposons que le même problème soit posé à un très grand nombre de personnes; si le problème est très simple tout le monde le résoudra et personne n'en retirera de célébrité; s'il est au contraire très difficile, si beaucoup s'y acharnent sans

succès et qu'un cerveau plus puissant que les autres vienne apporter la solution, et que cette solution soit incontestablement la bonne, il sera considéré comme un génie. Les problèmes qui sont et ont été posés à l'activité humaine sont de nature très diverses : techniques, philosophiques, esthétiques, juridiques. Dans tous ces domaines, il est des questions qui intéressent un très grand nombre de personnes, l'ensemble d'une nation ou même de tous les peuples civilisés. La réussite y procurera les succès les plus brillants et les plus immédiats. On peut alors se faire jusqu'à un certain point l'illusion d'un travail collectif dont un homme est l'heureux bénéficiaire et ce n'est pas absolument faux. L'intérêt du public est d'abord un stimulant pour le travailleur et par suite une aide ; tous ceux qui se sont attaqués à la même difficulté, ont parcouru en compagnie du génie divinateur une distance plus ou moins grande du chemin de la vérité, et ont par suite jusqu'à un certain point collaboré avec lui ; enfin la même question étant posée à un nombre très considérable de cerveaux, il n'est pas étonnant qu'il s'en trouve quelques uns de puissance égale qui sans se connaître donnent au même moment la réponse juste.

Il est d'autres problèmes qui peuvent être beaucoup plus difficiles que les premiers et d'une portée encore plus considérable, mais n'intéressent qu'un nombre infime d'individus. Leurs inventeurs ne jouissent d'aucune popularité ; jusqu'au jour où l'intérêt public est attiré sur eux pour une raison ou pour une autre. Ces génies méconnus sont la preuve absolue de l'individualité du travail scientifique, artistique et littéraire. Ils ne sauraient prendre leurs idées à la masse puisque la masse les ignore ou les bafoue. Ils sont pourtant comme les génies populaires et, presqu'au même degré, les produits de leur milieu. Le milieu, les circonstances de la vie extérieure et sociale posent les équations qu'ils ont à réduire. Leurs travaux peu estimés de leurs concitoyens, qui sont aussi étrangers à leurs préoccupations qu'un chameau le serait au pôle nord, expriment pourtant le rapport existant entre la puissance cé-

rébrale du travailleur et celle de la masse. Ce ne sont donc pas des êtres indépendants car en faisant varier le niveau intellectuel général on influerait sur leurs productions, bien qu'il n'existe aucune ressemblance, aucune harmonie, aucune compréhension entre ces deux éléments. Prenons comme exemple les littérateurs parnassiens et décadents. La plupart ont traîné des existences médiocres ou misérables ; personne n'achetait leurs livres, ne jouait leurs pièces de théâtre. Ils n'avaient et n'ont guère encore rien de commun avec la foule. Pourtant la plupart des jeunes gens de talent de la même époque, même sans se connaître, ont exprimé les mêmes tendances de correction, de recherche ou de sensibilité qui paraissent au gros public tout à fait exagérées. Le nombre des Parnassiens et des décadents ne fait pas qu'ils soient un produit de la masse avec laquelle ils n'ont rien à faire, mais ils sont un produit du milieu. C'est-à-dire que certains écrivains parvenus à un certain degré d'intelligence et de goût esthétique ne pouvaient plus trouver dans les œuvres anciennes un plaisir artistique suffisamment épuré. Mis en présence, par le milieu littéraire et le goût public, du même problème — échapper à ce qui était pour eux de la banalité d'idée et d'expression — ils ont donné indépendamment les uns des autres des solutions très analogues.

Le milieu social exprime l'ensemble des choses sociales dont l'être humain est environné de sa naissance à sa mort, c'est-à-dire d'autres hommes et des choses qu'ont créé ces autres hommes. Ce milieu l'individu le subit de gré ou de force, en est jusqu'à un certain point le produit, tout en conservant le pouvoir de le haïr, d'en contredire les mérites, de travailler en sens inverse du travail collectif général. Il agit tout aussi bien par action que par réaction, par attirance que par répugnance. Nous dépendons aussi bien de l'ipéca qui nous cause des nausées que des consommés les plus appétisants et les plus digestibles. Aussi ceux qui prétendent que nos facultés intellectuelles sont presque toutes d'origine sociale n'ont pas absolument tort de reconnaître que nos semblables nous ont

souvent rendu service en étant pour nous et nos ancêtres une source d'ennui, de tracasserie, de douleur et de crainte inépuisable.

L'homme, nous dit-on, doit aux autres hommes d'avoir été très ennuyé par eux. Les bêtes sauvages, les intempéries, les maladies n'auraient pas été pour lui des fléaux assez graves pour éveiller sa force intellectuelle. Il lui fallait un ennemi pire que les fauves, les famines et les pestes et, cet ennemi, il ne pouvait le trouver que dans son semblable. Le vaincu a gagné plus que le vainqueur à la vie sociale parce qu'il en a souffert davantage. Pour trouver la nourriture et se défendre contre les forces naturelles, le degré intellectuel des animaux supérieurs est largement suffisant. La supériorité de l'animal humain ne saurait se comprendre que par la nécessité où il a dû se trouver de lutter contre des obstacles que ne connaissaient pas les autres animaux. Ces obstacles ne pouvaient lui venir que de la vie sociale. La conclusion logique d'une telle constatation, c'est que les sociétés sont d'autant perfectionnantes qu'on y souffre beaucoup; pour que nos descendants se perfectionnent à leur tour et que l'humanité s'élève indéfiniment, il faudrait tâcher de leur créer beaucoup d'ennuis.

Cette conclusion, personne ne la formule. L'homme a toujours cherché dans ses institutions les plus rudimentaires et les plus perfectionnées, un repos intellectuel et physique. Lorsqu'elles lui ont procuré angoisse, incertitude dans l'avenir, surexcitation cérébrale, il a eu pour elles peu d'affection. On a toujours présenté la soumission aux usages et au pouvoir comme de nature à permettre un effort d'initiative moindre, un moyen d'acheter un peu de sûreté et de repos par le sacrifice d'un peu de liberté.

Il est pourtant également vrai que la vie sociale crée à l'individu des difficultés nouvelles. Manœuvrer contre un ennemi commun, conquérir du butin, le partager, le conserver, l'échanger, obtenir une part profitable dans les échanges ; vouloir, suivant les circonstances, séduire, effrayer, tromper d'autres hommes, sont les actes quotidiens des peuples les plus

sauvages et sont évidemment riches en développement psychologique. Ils enseignent à connaître le voisin et par suite à se connaître soi-même. Ils exercent le cerveau par des observations, des comparaisons, des abstractions, des efforts de mémoire et de calcul d'abord très simples, mais de plus en plus compliqués et ces facultés développées pour les besoins de la vie collective forment les éléments de la force spéculatrice individuelle.

Ces incessantes hostilités ouvertes ou cachées qui résultent pour l'individu de la vie en commun ont été pour lui d'excellents exercices intellectuels. Elles expliquent dans quel sens s'est développée notre psychologie. Mais sans l'existence préalable d'une substance cérébrale déjà supérieure et susceptible de s'éduquer à plusieurs écoles, la vie sociale la plus complexe ne servirait à rien et ne pourrait d'ailleurs se produire. Il ne suffit pas d'exercer une pression sur un être inférieur pour en faire un être supérieur. La difficulté à vaincre est salutaire lorsqu'elle est proportionnée à la force de celui qui doit la vaincre. Ainsi nous dire que l'homme a trouvé dans ses institutions primitives des difficultés, n'est pas nous apprendre comment il en a triomphé, car les autres animaux mis à sa place n'auraient pu le faire.

Il est vrai que si la vie en commun comporte ses ennuis et ses luttes, elle est à d'autres égards une aide et un soutien. Elle fournit à tous des modèles à imiter. Elle met l'individu en présence d'êtres qui lui ressemblent de très près tout en lui étant différents, qui ont des idées à peu près semblables aux siennes sans être complètement identiques; et cette constatation de l'unité dans la diversité, de la différenciation dans la similitude, comme disent les psychologues, a pu l'aider à se comprendre dans ses rapports avec les autres, être le germe des conceptions les plus ardues sur la personnalité, l'affirmation de soi-même et le doute de soi-même qui forme la trame de la vie pratique la plus terre à terre et des spéculations métaphysiques les plus élevées. D'autre part, chacun a connu un ami ou un maître s'intéressant au résultat de son travail et par

suite le guidant avec plus ou moins de souci dans ses entreprises.

Enfin, les produits sociaux — ou, d'une façon plus générale, les choses fabriquées et inventées par d'autres que par nous — ont agi et agissent encore sur nos facultés individuelles. Ces produits peuvent être matériels ou moraux : Outils, monuments, œuvres d'art, institutions. Ils ne nous mettent pas en contact avec d'autres pensées humaines, mais avec des vérités objectives que le fabricant a pu ignorer. Le fonctionnement d'une machine peut éveiller chez un laïque des idées sur le mécanisme général de l'univers dont se sont soucié assez peu le mécanicien, l'ingénieur et l'inventeur. Chacun de ces personnages est dans une certaine mesure un élève de la machine; qui l'éduque, forme sa logique, mais apprend à chacun des choses très différentes et n'établit entre ces divers esprits aucun lien de parenté. Ainsi agissent les textes de lois: le législateur, l'huissier, l'agréé au tribunal de commerce, le magistrat, le jurisconsulte, le philosophe, en lisant un article de loi y découvrent des vérités bien différentes. Cette relation sociale est bien particulière et a peu de rapport avec les précédentes. Les produits de l'activité humaine, détachées de leur cause originaire suscitent en nous des pensées, des pensées très diverses selon l'état d'esprit de celui qui les étudie ou les utilise.

Ces trois modes d'éducation de l'homme par la société — la rivalité, l'assistance et l'étude des œuvres humaines — ont cela de commun d'être des phénomènes de psychologie individuelle et non collective. Des facultés qui, à l'heure actuelle, nous appartiennent en propre, que nous faisons servir à nos fins personnelles, que nous pouvons maintenant appliquer et développer dans un désert ou dans la foule, ne seraient pas ce qu'elles sont sans cette triple influence sociale. La société s'y montre comme ayant été pour nous une cause indirecte, une occasion de développement. Elle fut un aiguillon qui excita, réveilla et tint en éveil une force cérébrale individuelle, préexistante et lui permit en travaillant dans son intérêt individuel d'ob-

tenir par surcroît un profit psychologique individuel de ce travail.

Quel profit? Il est très difficile d'en déterminer l'importance mais on peut affirmer que certains auteurs l'ont considérablement exagéré. Les plus offrants et derniers enchérisseurs du socialisme psychologique prétendent que l'individu est débiteur envers la société du total de ses facultés. Non pas en ce que l'homme isolé aurait une intelligence et des sentiments moins développés ou autrement développés, mais en ce qu'il n'en aurait pas du tout. Il ne pourrait bien entendu, ni abstraire, ni généraliser, ni classifier ; il n'aurait même ni volonté, ni mémoire, ni conscience. Ce serait un être purement instinctif, intellectuellement idiot. Quelques très simples observations suffisent à réfuter ces exagérations. Les animaux formant des groupes nombreux ne sont pas plus intelligents que ceux qui vivent presqu'isolés. Chez les hommes, le civilisé, le socialisé, a peut-être en moyenne une intellectualité supérieure ; il y a pourtant des gens très bêtes parmi ceux qui prennent part à la vie publique la plus intense et de très intelligents parmi les sauvages. En tout cas, il n'existe aucun rapport régulier et proportionnel entre le degré de socialité et d'intelligence, comme cela devrait être si l'une était cause unique de l'autre.

Que vaut à côté de ces faits comme argumentation les comparaisons que l'on poursuit entre les fonctions sociales et les fonctions mentales? Celles-ci seraient faites à l'image de celles-là. Ainsi la conscience humaine croîtrait et se perfectionnerait comme s'augmente et s'intègre la société humaine. Elle absorbe de toutes parts des notions nouvelles, c'est un premier progrès. Elle unifie ces notions, les classe, dégage leur ressemblance, c'est un second progrès. Ainsi les Etats se développent en concentrant des groupes nombreux et hétérogènes puis en dégageant et mettant en relief les idées communes à tous et faisant disparaitre les divergences. Ces rapprochements ingénieux n'ont qu'une valeur verbale et ne sauraient établir le moindre lieu de causalité entre des notions de nature étran-

gères. Ils n'ont pas plus d'intérêt que les comparaisons bio-sociologiques dont on est si complètement revenu.

La société a été un éducateur de l'intelligence humaine ; mais non pas le seul. Le contact avec les choses extérieures, animaux, plantes, terre, eau, fleuve, mer, ciel, climat, saison, joua le même rôle. La chasse, la pêche, l'élevage, l'agriculture l'astronomie ne sont pas des arts aussi simples qu'on veut bien le dire. Il est totalement impossible d'admettre que le travail intellectuel fait à leur occasion ait passé sans laisser la moindre trace dans notre psychologie et que notre cerveau soit en entier façonné par le seul travail social.

Il n'en est pas moins vrai qu'une histoire psychologique et une histoire juridique doivent se préoccuper du développement des facultés intellectuelles de l'homme sous la triple influence des luttes sociales, du concours social et des produits sociaux.

III. — Phénomènes psychologiques mixtes. — Nous pensons et agissons sous l'influence presque continuelle de la société. Par la loi, elle nous empêche de nous écarter trop considérablement d'une certaine ligne de conduite. Tout le Droit pénal, une grosse partie du Droit civil restreint notre liberté et le bon citoyen a pris une fois pour toutes la résolution de ne pas violer la loi, même lorsqu'elle lui parait déraisonnable.

Chez les modernes, l'opinion publique est plus tyrannique que la loi. Notre morale, nos croyances, nos conceptions scientifiques, esthétiques, le détail de notre vie matérielle et morale, elle contrôle et juge tout. Elle approuve, admire, blâme, méprise ; ses jugements se traduisent par des paroles ou des actes bienveillants ou hostiles souvent plus désirables ou plus redoutables que les sanctions de la loi. D'ailleurs la jurisprudence n'est que trop souvent portée à faire produire aux décisions de l'opinion des effets juridiques. Quel que soit ce degré de civilisation, qu'il s'agisse de classes inférieures ou supérieures, cette opinion du groupe est la préoccupation constante de l'individu qui harmonise ses actes à l'attitude sous laquelle il veut être compris.

On traduisait autrefois cette vérité fort banale en termes de psychologie individuelle : recherche de l'approbation d'autrui ; tendance à l'imitation..., etc. Les psychologies sociologiques n'y voient que l'élément social : la pression de la conscience commune sur l'individu. L'une et l'autre de ces interprétations sont incomplètes. Ni activement, ni passivement le phénomène tel qu'il se présente dans la réalité n'est en entier collectif ou individuel.

Devant la pression sociale, les hommes agissent et réagissent suivant leur tempérament. Les uns s'y soumettent sans contrainte, se trouvent en parfaite conformité de goût avec l'opinion dominante et suivent les usages, comme s'ils les avaient créés eux-mêmes ; il en est d'autres pour qui l'existence est un conflit perpétuel avec leur milieu d'origine comme avec leur patrie d'élection. Dans l'histoire, on rencontre de ces mécontents qui bouleversent les vieux groupes, en constituent de nouveaux d'après leur idéal, mais ne s'accordent pas plus avec les seconds qu'avec les premiers. Nous disons de ces hommes qu'ils ne savent pas ce qu'ils veulent, parce qu'il leur serait trop pénible de suivre la volonté d'un groupe et trop pénible à un groupe de suivre leur volonté.

L'opinion publique a ses rebelles ; parmi ses fidèles, il en est de deux catégories. Ceux qui avec respect et confiance lui obéissent par sentiment du devoir ; ceux qui ont pour elle scepticisme ou mépris, lui désobéissent sans scrupule secrètement, mais en reconnaissent et en proclament la puissance et l'utilité pratique.

Et si certains la flattent sans l'estimer, d'autres l'estiment sans la flatter. Ils ne veulent pas de l'approbation publique, parce qu'ils désirent l'admiration publique. Les uns, pour faire apprécier leur correction revêtent un manteau neuf ; d'autres un manteau troué pour faire admirer leur indépendance.

Activement, la conscience publique agit par l'organe d'individus qu'elle n'absorbe pas en entier, qui ne deviennent à aucun moment de neutres abstractions, qui concervent leur mentalité, leurs passions, leurs intérêts même quand le souffle

populaire les inspire. Nous invoquons souvent la morale sociale pour glorifier les uns, condamner les autres. Mais ces uns sont nos amis et nous savons adroitement leur tresser des couronnes avec des fleurs que tous ont coutume d'admirer, et ces autres sont nos ennemis et nous sommes ingénieux pour découvrir ce qui peut les noircir aux yeux du plus grand nombre. Nous puisons au fonds social, nous irritons la pensée collective, à notre profit, pour notre satisfaction personnelle.

Aussi ne faut-il pas rendre l'opinion seule responsable des cruautés et des petitesses commises en son nom. Elle ne mérite pas la grosse part des imprécations dont on l'accable, car si elle s'entend à manier les hommes, elle n'est qu'un instrument pour qui sait la manier.

Pour la manier, il faut la connaître ; pour la connaître, se rendre compte de son existence. Or elle existe et les faits de pression sociale ne sauraient s'expliquer ni activement, ni passivement sans elle. On a dans quelques ouvrages sociologiques donné un exemple de pression sociale un peu vulgaire mais qui a l'avantage d'être scientifiquement assez caractéristique. Pourquoi mettons-nous une cravate ? Sans aucun doute pour obéir à l'opinion publique. Si je n'en mets point les gamins se moqueront de moi dans la rue. Mais que m'importeraient les gamins si je ne savais qu'ils représentent un public plus discret, mais non moins sévère et les gamins s'occuperaient-ils de moi s'ils ne se savaient soutenus par l'approbation générale et s'ils n'étaient fiers d'en être les interprètes ? Nous sommes étrangers de vie et de pensée, mais unis par une masse de psychologie collective, immense par son extension territoriale, identique à elle-même, qui permet à ces inconnus d'un âge et d'une intellectualité si peu avancés d'être des juges dont je ne peux dénier la compétence. La pensée collective agit activement par leur bouche ; et ma passivité ne saurait s'expliquer que par la reconnaissance de cette autorité.

Chaque acte de pression sociale se fait au nom d'un précepte qui tire son degré de force de la collectivité, même lorsque celle-ci n'intervient pas directement.

IV. — Phénomènes psychologiques purement collectifs. — On peut appeler phénomène de pure psychologie collective celui où les mentalités de chacun des membres d'un groupe est absolument différente en nature et en degré de la mentalité du groupe lui-même. Quelques dizaines ou centaines de députés sont avant de se réunir, dans l'intention très sincère de voter blanc ; en séance et après discussion, il votent noir à l'unanimité. C'est un fait curieux qui étonnera le public et lui fera supposer des choses plus ou moins extraordinaires.

Le phénomène s'est peut-être rarement présenté sous une forme aussi tranchée. Il se produit à des degrés très divers mais pourtant très sensibles chaque fois qu'il y a une réunion quelconque. Nous aurions beau connaître à fond le caractère, l'intelligence, les qualités et les défauts, enfin la psychologie complète, de chacun des membres, si nous ne savons pas pourquoi ils se sont réunis, sous quelle forme, pour quelle durée, enfin si nous ne connaissons pas le mécanisme complet de l'organisation, il nous sera impossible de comprendre l'attitude de chacun et les pensées diverses qui seront émises par le groupe. Avec cinq ou six mêmes personnes prises dans des milieux analogues ou dans des milieux très différents, il est facile de composer des types collectifs divers ayant une psychologie dissemblable.

On a donné de ce phénomène constaté depuis longtemps une explication assez claire qu'on a eu le tort de ne pas suivre dans toutes ses conséquences. Chaque fois que des hommes se réunissent directement, ou communiquent par écrit, il y a échange d'idées banales ou nouvelles, pratiques ou idéales. Parmi ces idées échangées quelques unes sont communes à tous ou paraissent l'être. L'adhésion de chacun communique à celles-ci une force nouvelle et elles font retour au cerveau de chaque individu non plus avec la timidité qui pouvait les affecter antérieurement mais avec une intensité toute spéciale. Ce qui a été énergiquement affirmé et n'a pas été contredit parait incontestable. La psychologie a pris la forme collective : les idées exprimées et le mieux exprimées sont au premier

plan avec toutes celles qui peuvent s'y rattacher plus ou moins directement; les idées passées sous silence ou contredites restent dans la pénombre; l'ensemble a pris une tournure toute particulière qui ne reproduit exactement l'état cérébral de personne.

Il existe donc une conscience sociale. Elle est formée non pas — comme on le dit à tort — par l'ensemble des sentiments communs à tous ou presque tous les citoyens, mais par l'ensemble des sentiments approuvés par eux. Il ne suffit pas que cette conformité existe ; elle doit s'être manifestée, être connue par tous. Il faut que les individus se soient révélés les uns aux autres, aient fait l'échange de leurs pensées. Des voyageurs inconnus l'un à l'autre, assis dans le même compartiment, peuvent être également impatientés d'un retard insolite. Tant que personne ne dit rien, il n'y a pas de pensée collective. Elle ne naîtra que lorsque quelqu'un se décidera à rompre le silence et à s'indigner des défectuosités du service. En unissant leur indignation, leur impatience et leur ennui, ces personnages produiront une pensée particulière d'une intensité spéciale, qui ne s'explique pas par la psychologie individuelle d'aucun d'eux. Tandis que l'idée que tout le monde aurait, mais croirait être seul à avoir serait purement individuelle.

Mais il faut aller plus loin; la conformité réelle d'opinion est inutile ; la conformité présumée, apparente est nécessaire et suffisante. Sont les plus puissants agents de la croyance collective ceux qui font semblant d'y croire, non ceux qui y croient le plus sincèrement. Il n'est même pas nécessaire que cette croyance existe chez personne. En l'attribuant à la majorité chacun lui donne une existence artificielle mais puissante.

Ce dernier cas n'est pas rare, il est plutôt la règle que l'exception. Il peut provenir du manque de sincérité, de l'habileté de ceux qui entrainent les masses et persuadent à chaque individu que la majorité pense comme eux, procédé bien connu de tous les candidats aux élections qui affirment avec énergie

leur futur succès pour entrainer les électeurs. D'autrefois il existe dans le groupe social, une convention tacite pour affirmer un fait que chacun sait faux ou exageré. Même sans faire intervenir aucune idée de tromperie et d'hypocrisie, la pensée présumée commune peut bien rarement coïncider avec la pensée réellement générale. Les hommes lorsqu'ils sont un peu divers d'éducation, de classe, de pays n'ont pour faire connaître leurs pensées que des moyens très imparfaits. Ils ne peuvent pas se comprendre. Il leur serait de mauvais goût de trop insister pour préciser leurs opinions, leurs impressions, leurs observations; de telle sorte qu'ils sont bien obligés d'exprimer des idées très diverses selon les milieux dans lesquels ils se trouvent.

Le sage crie selon les gens ;
Vive le roi, vive la Ligue.

Il crie ainsi peut-être par intérêt, par adresse, par fausseté, mais peut-être aussi par nécessité intellectuelle, par timidité, par simple politesse. Et par suite le monde contient beaucoup de sages, qui s'accordent sur un terrain vague, général, un peu indifférent qui sera la pensée de leur milieu, leur pensée collective, qu'ils s'interdisent de discuter, qui a pour l'ensemble la valeur d'un dogme alors que dans son for intérieur chaque individu peut ne pas l'admettre ou n'y attacher aucune importance.

La « pensée collective » naît de la mise en contact de plusieurs cerveaux par suite elle n'existe pas avant. Le procédé de mise en contact la crée et la façonne. Selon que les mêmes individus seront réunis à une table d'hôte, dans un salon, dans dans une assemblée littéraire, politique, religieuse, mis en présence par le hasard ou dans l'accomplissement d'une fonction, ils émettront des axiomes divers, soutiendront et feront triompher des idées sensiblement différentes. Cette psychologie est réellement sociale car elle surgit chaque fois qu'il y a société, réunion de quelques ou de beaucoup d'êtres humains, qu'ils se réunissent pour leur plaisir, leurs affaires, les questions po-

litiques, les intérêts professionnels. Ces phénomènes psychologiques constituent des types très divers : esprit de caste, de classe, professionnel, de clocher, de famille, de cercle ; les uns peuvent nous plaire et les autres nous déplaire ; chacun demande à être étudié à part en le rapprochant du mécanisme social auquel il correspond.

Précisément parce que ces phénomènes sont sociaux, ils n'ont aucun rapport avec ce que l'on appelle dans l'école Durkheim la conscience collective ou sociale et que l'on définit « l'ensemble des sentiments qui sont communs aux membres d'une même société humaine » et sur lequel on veut édifier un Droit naturel absolument fantaisiste. La « conscience juridique du peuple » de Savigny était une création arbitraire, « la concience sociale » actuelle est une invention qui n'a pas plus de réalité. Comment pouvons-nous savoir ce que pensent individuellement la majorité des Français sur une question de morale, de litterature, de Droit ou de religion. Irons-nous les interroger l'un après l'autre ? Ce serait un gros travail mais une fois fait, ce travail serait bien suspect. Les uns auraient pu ne pas comprendre ce que nous leur demandions ; d'autres auraient été incapables d'y répondre ; d'autres n'auraient pas dit ce qu'ils pensaient réellement : les voleurs n'auraient pas avoué qu'ils trouvaient le vol chose très excusable. Si nous parvenions à éliminer la masse des non-sincères et des incapables dont le rôle est très actif dans la pensée collective, si nous arrivions à l'élite qui raisonne et expose nettement ses idées, nous aurions alors autant d'opinions que d'individus et il serait impossible de dégager une opinion dominante. Un principe moral ou législatif ne peut triompher que par l'adhésion de ceux qui ne seraient pas capables de le formuler et qui même ne le comprennent pas complètement. On n'a jamais vu un philosophe dire exactement la même chose qu'un autre philosophe, un sociologue qu'un autre sociologue, un théoricien politique qu'un autre théoricien politique.

Le total de la psychologie individuelle, la somme des idées personnelles, l'actif complet de la pensée humaine est desti-

né à rester à jamais inconnu. Peut-être ne connaissons-nous qu'une très minime part de ce qu'ont produit les grandes, les moyennes et les petites intelligences. Beaucoup de travail intellectuel a disparu et aurait mérité d'être conservé. Mais nous n'avons pas la possibilité matérielle de le faire. Quelques privilégiés peuvent exprimer ce qu'ils pensent, faire comprendre leur parole ou leurs écrits, les transmettre aux générations suivantes, mais la plupart des œuvres philosophiques, juridiques et même d'intérêt pratique ne sont lues de personne ou tombent très rapidement dans l'oubli.

Ce qui pense dans le groupe, dans la nation, dans l'humanité ne constitue pas la pensée sociale. L'ensemble du travail intellectuel humain ne se combine pas en synthèse, ne crée ni Droit, ni religion, aucun phénoméne social. C'est une chose réelle qui ne peut être perçue, une chose sacrée que nous ne pouvons pas respecter puisque nous ne pouvons pas la connaître. A l'inverse, la pensée collective, celle des groupes, est facile à observer ; elle est un commode objet d'étude grâce à sa pauvreté relative. Elle gouverne en fait le monde, mais rien ne saurait lui donner un titre à le faire, nous obliger à lui accorder notre estime, notre respect. C'est une concubine qu'on ne peut pas chasser du domicile conjugal.

L'école Durkheim suppose que la conscience sociale se forme par des procédés mystérieux dans un groupe politique ou sur un territoire déterminé, que les assemblées, les foules, les écrits lui donnent l'occasion de se révéler. Nous prétendons au contraire que tout événement, toute institution qui met en contact des cerveaux multiples, transforme par lui-même des fragments épars et indéterminés de psychologie individuelle en psychologie collective, de telle sorte qu'avant que la communication des idées ait matériellement eu lieu, il n'existe rien de spécifiquement collectif. Quel sera l'esprit général de telle assemblée ? Cela dépendra de ses pouvoirs, de la tâche qu'elle doit remplir, de la façon dont elle nommera son président, son bureau, de la durée de ses attributions, de celui qui prendra le premier la parole. Elle devient un être collectif par le con-

tact; et avant le premier contact n'existe pas. Les individus en se réunissant même en petit nombre sont dans l'impossibilité pratique de dégager leurs pensées communes; ils ne peuvent que créer un être psychologique spécial qui remplira plus ou moins bien ses fonctions de conciliateur entre les divers idéals.

La belle théorie de Durkheim sur les fonctions actuelles et historiques de la peine devrait par suite selon moi subir une légère correction. Pour lui le crime est une atteinte à une conscience sociale préexistante; c'est une contradiction des croyances générales contre laquelle le groupe se révolte. Il châtie le coupable pour affirmer que l'acte commis est toujours odieux aux yeux de l'ensemble, pour maintenir la cohésion de l'idée morale. Sans le jugement et le châtiment du criminel, chaque citoyen ignorerait si la violation des usages et des règles de mœurs rencontre chez les autres citoyens la même réprobation que dans sa propre conscience. Ces constatations sont d'une vérité frappante.

Mais on doit, il me semble, aller plus loin. Le jugement public et le châtiment public du coupable, le prononcé de la peine et son application ne se bornent pas à maintenir la conscience sociale, ils la créent, la transforment, y ajoutent ou en retranchent quelque chose à chaque assemblée juridique. La réprobation publique a suivi l'application de la peine et ne l'a pas précédée, car si elle s'était produite et se produisait d'elle-même ou en vertu d'autres causes, elle pourrait à fortiori se maintenir sans le concours de châtiments publics. Il serait facile d'établir que, surtout pour les peuples primitifs mais encore même dans nos conceptions modernes, la peine est infamante plus que le crime; celui qui sait échapper à la peine échappe plus ou moins au déshonneur, son crime serait-il indiscutable, car l'acte collectif du châtiment ne s'est pas produit à son égard. Encore aujourd'hui avoir fait de la prison pour vol; avoir été poursuivi pour vol, condamné par défaut, mais s'être sauvé à temps, caché à l'étranger et obtenu la prescription ou enfin être convaincu de vol mais mourir avant le

jugement constituent socialement des degrés d'infamie très divers. Ce ne sont plus pour nous que les survivances d'idées qui apparaissent dans les Droits anciens avec une netteté frappante.

Si nous voulions imaginer le premier acte de répression sociale, la première fois qu'un groupe serait saisi de l'exercice de la justice pénale, avant le premier contact des cerveaux individuels, il n'existerait rien de collectif dans les esprits. Ce premier tribunal populaire serait essentiellement flottant, livré à toutes les fluctuations et pourrait tout aussi bien absoudre ou mettre en morceaux le coupable au hasard des moindres incidents. Après cette première décision, cette première création de psychologie collective, il resterait dans les esprits le souvenir de ce phénomène antérieur et par suite une tendance à le répéter. Cette tendance est peu de chose à l'origine; mais elle prendrait forcément par la répétition plus de consistance. Les concitoyens n'étant pas dans l'ignorance absolue de ce qu'ils ont pensé en commun, si aucune force n'y fait obstacle, ils reproduiront les mêmes pensées pour les mêmes situations. La psychologie collective se fixe dans la tradition et la jurisprudence. Avec le développement de la civilisation les hommes connaissent d'autres moyens de se transmettre leurs pensées que de se réunir et de se parler; ils s'envoient des messagers, des prédicateurs, des chantres, des écrits, des imprimés où un seul homme joue le rôle de porte-parole d'une portion indéterminée de l'humanité dont il rapporte l'opinion. Dès lors, la pensée collective apparaît sous deux types très différents : les foules, où des hommes plus ou moins nombreux sont en présence, s'occupent ensemble d'un même objet, se communiquent directement leurs impressions ; l'opinion ou la tradition, plus vague, plus tenace, faite d'un amas considérable d'impressions anciennes, s'exerçant en toute matière. Par ses origines, elle se rattache à la psychologie des foules mais ne lui ressemble plus.

Quelle est la nature de la pensée collective? En quoi diffère-t-elle des pensées individuelles? Il ne me semble pas que

ce soit par son contenu. Il ne paraît pas y avoir une façon d'aimer, de haïr, de se calmer, de s'emporter propre aux collectivités. Les sociétés ont les sentiments des hommes mêmes les plus complexes : elles sont notamment vaniteuses. On a pu affirmer avec quelques exemples à l'appui qu'elles avaient la folie des grandeurs. Cela paraît être juste dans quelques cas. On les accuse de dureté, méchanceté, égoïsme, cruauté ; rien de très précis ne vient justifier ces accusations. La foule, dit-on encore, a plus de sentiment que de logique ; ce n'est pas non plus absolument exact. La foule raisonne comme raisonne un particulier ; elle induit, généralise, déduit. Les grands rhéteurs se sont fait une spécialité du maniement de la pensée collective. Démosthènes et Cicéron sont merveilleux à cet égard. On voit dans leurs œuvres la force d'argumentation et la souplesse qui est nécessaire pour entraîner la masse. Celle-ci n'est pas aussi crédule qu'on veut bien le dire. On peut faire appel à sa réflexion, comme à ses sentiments. Pourtant la logique sociale peut se passer de précision là où la logique individuelle ne le pourrait pas. L'homme isolé à qui on soumet un raisonnement reste dans le doute s'il ne trouve pas dans le raisonnement de quoi justifier sa croyance. Mais s'il fait partie d'une foule, il est moins difficile ; quoiqu'il ne comprenne pas très bien, si tout le monde a l'air de comprendre, sa conviction est facilement entraînée. Il s'en rapporte à l'intelligence des autres. Il peut se faire ainsi que dans la foule, personne n'ait bien compris, mais comme chacun suppose à son voisin plus de perspicacité, l'approbation est unanime. Une collectivité peut également se servir de termes moins précis ; dans nos sociétés modernes les abstractions, les phrases clichées y sont en grand honneur. Autrefois on affectionnait les proverbes et dans les civilisations beaucoup plus primitives les mots sans précision grammaticale pouvant être substantifs, adjectifs ou verbes, les mots sans précision objective qui condensent uniquement un certain nombre d'impressions éprouvées en commun dans certaines circonstances. Ces particularités de la logique collective sont très

importantes ; si on les rencontre, il est très vraisemblable que les idées qu'elles représentent ont pris naissance dans des groupes et ne sont pas dues à l'initiative individuelle. Ainsi a-t-on pu déterminer le caractère social des croyances à la magie en ce que les théories sur lesquelles elles pouvaient s'appuyer n'en justifiaient pas complétement le contenu et en ce que les termes employés y étaient d'une compréhension aussi large que flottante. Ainsi, peut-être, pourrait-on caractériser le Droit germain par opposition au Droit romain. Celui-ci est individuel non seulement quand au fond de ses dispositions, mais en ce qu'il a été façonné par la plus puissante logique individuelle. Les contours en sont nets et précis ; les termes facilement définissables. Celui-là est une œuvre collective, aux contours vagues, aux termes indéfinissables (gesammte Hand, Gewere, etc.) qui n'ont jamais été saisis nettement par personne, quelle que fut la fréquence de leur application pratique.

Mais si cette psychologie est un peu différente de la nôtre, nous pouvons relativement comprendre pourquoi elle en est différente et nos impressions personnelles dans toute notre vie courante peut nous documenter très richement. Sans doute dans une assemblée parlementaire ou autre, tous n'éprouvent pas les mêmes impressions. Les timides ignorent la psychologie des leaders, et les leaders celles des timides. Chacun dans sa vie a été plus ou moins l'un et l'autre et si on est incapable de reconstituer la psychologie d'ensemble d'un phénomène collectif, il est au contraire très possible de retrouver par l'analyse subjective et par la combinaison des impressions personnelles d'autrui la trame de la psychologie collective.

D'autant plus que l'étude subjective seule pourra nous renseigner sur la nature du phénomène. Jusque-là nous mettrons des mots à la place de réalités. Pas plus que le nerf ne nous révèle la sensation et l'étude du cerveau l'intelligence, le fait social ne nous révèle la psychologie sociale. L'observation subjective peut d'ailleurs être aussi certaine, aussi controlable, aussi impersonnelle que l'observation objective. Nous

examinerons à fond les préjugés régnants en cette matière en nous occupant de la méthode. Il nous suffira d'indiquer ici, comme source subjective et impersonnelle de la psychologie collective, l'art oratoire dans son ensemble, et la rhétorique dans sa majeure partie. N'est-il pas rationnel d'aller demander à ceux qui ont fait métier de manier les masses, de susciter en elles des pensées à leur convenance, des renseignements sur la nature de ces êtres collectifs qu'ils ont dû forcément étudier sans relâche.

§ 2. — **Les êtres sociaux et la pensée collective.** — Aucune science n'est aussi embarrassée que la sociologie pour préciser quels êtres elle étudie. Est-ce un éloge à lui faire ? Est-ce un reproche à lui adresser ? Plus une science se dégage du concret ou du banal, pour pénétrer dans l'abstrait ou le complexe, plus il est difficile d'indiquer dans le langage courant quel en est l'objet, car cet objet n'étant pas une chose habituelle exige un effort d'intelligence pour être déterminé. La sociologie s'est donné comme tâche d'établir, à l'aide d'observations que tout le monde peut faire, des faits qui échappent d'ordinaire au sens commun. Ainsi, on a pu de tout temps constater que des hommes réunis ne pensaient pas comme des hommes séparés, mais on n'avait pas compris que ce phénomène était particulièrement important dans toutes les branches de l'histoire. Ainsi peut-être la sociologie nous indiquera quels sont les êtres collectifs susceptibles de penser collectivement.

Disons immédiatement que nous courons au-devant de la plus grosse déception et qu'aucune école sociologique ne nous apprendra rien sur cette question. Pour la plupart des sociologues, l'être social par excellence, c'est la nation. On nous dira que les lois, les usages, les traditions sont l'expression des pensées d'une nation. Telle est la grosse errreur, le malentendu, l'affirmation insoutenable qui dévie d'une voie logique des systèmes par ailleurs très ingénieux. Car une pensée collective ne peut se former que si tous les cerveaux sont

mis en contact les uns avec les autres. Qui osera soutenir que tous les membres d'une nation se connaissent et agissent en commun ? On nous donne la nation française comme type de société parce qu'elle est très centralisée, unifiée ; qu'y a-t-il pourtant de commun comme idée entre les diverses classes, comme conviction entre les divers partis politiques, comme intérêt entre les diverses fractions de son territoire ? Sans doute, il existe entre les divers citoyens une certaine sympathie réciproque, la fierté d'appartenir à un groupe fortement organisé. La nation est l'objet de sentiments individuels divers, variant de caractère et d'intensité suivant les individus, les régions ; elle n'est pas la directrice de nos pensées. Ce n'est pas notre nation qui nous oblige à l'aimer, nous l'aimons de nous-même, peut-être aussi par influence collective plus restreinte, parce qu'on nous appris à l'aimer et que notre entourage nous communique son patriotisme.

La nation n'est pas un être collectif pensant. Peut-on attribuer ce caractère à des associations politiques plus restreintes : tribus, cités, familles, corporations professionnelles... etc ? Ce ne serait presque jamais complètement juste. Les organismes politiques ne se juxtaposent pas exactement avec les êtres psychologiques qui en résultent. Car la pensée collective tire sa spécificité de l'autorité qu'ont pour nous les pensées que nous supposons à autrui. Elle se forme par l'échange des idées et ne saurait se produire que dans les cerveaux qui prennent part à cet échange. L'être à pensée collective est formé par l'ensemble des individus qui sont en communication effective.

Cette communication peut se faire directement entre personnes qui se voient, se parlent, discutent et peuvent échanger leurs impressions au fur et à mesure qu'elles se produisent. Foules, assemblées, cercles, réunions convoquées ou accidentellement formées sont un premier type d'êtres à pensées collectives. Ils sont violents, changeants, faciles à surexciter et à décourager. L'impression du moment est souvent trop forte pour que les impressions passées ne s'effacent pas

devant elle. Ils sont délimitables, mesurables. Il est facile de compter ceux qui le composent et les fonctions de chaque individu par rapport au phénomène d'ensemble.

Mais ces idées se transmettent aussi entre personnes qui s'ignorent et ne se voient jamais par tradition orale ou écrite et par les usages. L'Opinion est un second type d'être collectif pensant. Nous prenons ce mot dans le sens restreint de croyance collective à l'exclusion de toute croyance personnelle. Nous savons qu'un grand nombre de personnes respectent certaines traditions et certains usages; nous nous y conformons et blâmons ceux qui les violent. Nous faisons ainsi partie de l'Opinion; mais avec qui ? Avec des gens que nous ne connaissons pas; qui n'habitent ni la même maison, ni la même ville, ni le même pays, qu'il nous serait impossible d'énumérer et qui ne peuvent constituer — sauf chez les peuples très primitifs — rien qui resssemble à une unité politique. Il est des « Opinions » de toutes natures, morales, religieuses, de mode, de convenance, littéraires, artistiques. Ce sont des êtres collectifs plus stables que les foules, mais plus vagues, mais plus amorphes, plus difficiles à apprécier.

De telle sorte que dans tout organisme social des peuples civilisés et peut-être même des peuples primitifs, il existe une grande diversité d'êtres psychologiques sociaux ou si on préfère de pensées collectives. Dans une cité du moyen âge, nous voyons des assemblées régulières du peuple, des sénats, des conseils plus restreints, des conciliabules privés de chefs qui préparent des révoltes ou des coups d'Etat, des émeutes, des réunions de marchands, de gens d'affaire, du peuple qui s'amuse. Ce seront tout autant de « foules » très diverses qui feront des choses très diverses, aucune ne se confond avec la cité dans son ensemble.

Le second type « opinion » n'y est pas moins largement représenté. Le patricien obéit aux traditions patriciennes, aux usages patriciens; le plébéien aux traditions et usages plébéiens. Le marchand ne loue pas et ne blâme pas les mêmes actes que l'homme de guerre, le clerc ou le bas peuple; il n'a

pas la même façon de vivre, de travailler, de s'amuser. Les idées de son milieu, il les retrouve dans beaucoup d'autres villes : il tient à être considéré partout où il pourra aller aussi bien que dans son propre pays.

Où est donc la « conscience sociale » de la cité? Elle n'est nulle part. On y rencontre une infinité de petites « consciences collectives » dont l'une peut ordonner ce que l'autre défend. Un individu pris dans une foule pourra être entraîné à prendre part au lynchage d'un coupable et se voir le lendemain condamné par l'opinion publique, pour l'avoir fait. Les peuples les plus primitifs, comme nous-mêmes, obéissaient à des forces collectives diverses selon qu'ils étaient groupés en foules plus ou moins compactes, réunis en famille ou isolés. Aussi les voit-on souvent rompre dans un moment d'émeute avec leurs traditions, s'en repentir bientôt et revenir à leurs anciens usages. Ils suivent tantôt la direction de la foule, tantôt celle de l'Opinion.

Les organismes politiques provoquent des réunions d'individus et des courants d'opinion. Ils donnent à la pensée collective l'occasion de s'épanouir. Le phénomène doit être étudié dans les échanges d'idées et les procédés matériels qui ont dirigé ces échanges.

§ 3. — **Le Passé et l'Avenir de la pensée individuelle et collective.** — Les œuvres morales et matérielles, les institutions, les lois, la littérature, la philosophie, les religions, les œuvres d'art, les constructions nous révèlent des pensées humaines, mais quel genre de pensée? Les devons-nous à des génies individuels, à des courants d'opinion, à l'influence de la vie en commun? Ce problème est évidemment capital en histoire. Nous nous représenterons tout autrement l'antiquité si nous faisons régner la compréhension du beau dans l'ensemble du peuple grec ou si nous ne l'attribuons qu'à quelques grands architectes et sculpteurs. C'est une question qu'un historien ne saurait éluder et qu'en fait il n'élude pas. Il fait, au gré de son tempérament ou des idées régnantes, de l'histoire indivi-

dualiste ou de l'histoire socialiste sans indiquer ou en indiquant très brièvement les raisons de sa méthode.

Le procédé est évidemment arbitraire. Il l'est presque autant de fixer une fois pour toute le rôle de l'initiative personnelle et de l'influence du milieu par quelques exemples pris au hasard dans le présent et le passé. On essaye encore de qualifier, *a priori,* chacune des branches de l'activité humaine. On dira que la morale, la religion, le Droit... sont des créations de l'esprit social ; les sciences exactes, des créations individuelles. Ce procédé est également dangereux, car il n'est guère de science, même objective, qui ne subisse l'influence de l'opinion pour instituer ses recherches dans un certain sens plutôt que dans tel autre ; et l'effort personnel est toujours nécessaire pour réaliser l'œuvre la plus en harmonie avec les idées du public : un roman-feuilleton, une profession de foi électorale, un programme ministériel, un discours politique, par exemple. Selon les temps, un travail de même nature sera plus social, ou plus individuel. Autrement dit, l'esprit collectif ne paraît pas avoir agi de même dans toutes les civilisations, et, dans le présent que nous vivons, il est facile de distinguer des périodes libérales et des périodes autoritaires ; des formes de pression sociale qui disparaissent et d'autres qui prennent naissance. Les grammairiens sont moins ennuyeux qu'autrefois ; les hygiénistes le sont davantage, ou pour parler plus exactement, la société qui ennuyait la génération précédente avec des règles d'orthographe plus ou moins justifiables est devenue à cet égard plus raisonnable ; mais pour le boire, le manger, le dormir, le chauffage et l'éclairage, elle ne fut jamais aussi futilement tracassière.

Ainsi devra-t-on reconnaître que la pensée collective varie selon le temps, qu'elle doit être étudiée en action, dynamiquement, suivant l'expression de la terminologie courante. Mais les dynamistes, ceux qui étudient les êtres dans leur mouvement et qu'on peut appeler plus simplement historiens, sont encore divisés par une question de méthode. Les uns croient pouvoir faire un tracé des rapports de la pensée humaine et

de la société, indiquer les grandes lignes d'évolution de l'une par rapport à l'autre, soit par une émancipation continuelle de l'individu, soit par une tendance de plus en plus marquée à la solidarité.

L'histoire nous montrerait, d'après certaines théories, comment l'être purement social qui composait les civilisations primitives a acquis peu à peu une intelligence personnelle, une originalité d'idées qui permet de le distinguer de ceux que l'on appelle ses semblables et qui ne le sont plus actuellement dans le sens rigoureusement littéral du mot.

Exposons et examinons une des théories les plus répandues : D'après elle, l'homme, dans le cours de l'histoire, s'est acquis le pouvoir de penser tout seul, de raisonner objectivement, d'être différent de son voisin et il s'est développé toujours dans ce sens parce que l'organisation sociale a suivi, elle aussi, une unité de direction. Les groupes primitifs sont essentiellement simples, homogènes ; les groupes civilisés de plus en plus complexes et hétérogènes. Les individus des peuples sauvages ou rapprochés de la barbarie se ressemblent de physique et de pensée. Naturellement — physiologiquement, peut-on dire — ils doivent penser la même chose, avoir les mêmes usages, les mêmes façons de vivre, les mêmes procédés de travail. Tous ceux qui vivent ensemble se ressemblent et aiment à vivre ensemble parce qu'ils se ressemblent. Le Droit est alors l'obligation de ne pas briser cette harmonie, et pour cela, de faire comme les autres dans toute occasion. Quiconque veut échapper à l'uniformité générale, soulève la conscience du groupe qui réagit avec violence et frappe le coupable. Tout Droit primitif est uniquement pénal, et tout Droit pénal est à son origine la répression des atteintes à la conscience sociale, et c'est pourquoi il punit parfois des infractions à certains rites, crimes bien inoffensifs pour tous, et il ignore parfois les crimes les plus dangereux pour les particuliers.

Dans l'intérieur de chaque groupe, les individus sont tous semblables ; mais chacune de ces petites sociétés peut différer

de ses voisines. Des événements de nature diverse ont obligé ces premiers êtres sociaux à vivre sur le même territoire, puis à se fondre politiquement, juridiquement et physiologiquement les uns dans les autres. A ce deuxième degré de civilisation, les concitoyens ne se ressemblent plus aussi complètement : les traditions, les mœurs ne sont plus aussi énergiquement affirmées par tous. La vieille solidarité a décru, et plus le groupe devient volumineux, dense, hétérogène, moins la vieille influence sociale est énergique. Or la civilisation marche à peu près toujours vers la formation d'organismes de plus en plus populeux ; elle met en rapport d'affaire ou de famille des gens très peu semblables ; créé des rouages économiques et administratifs compliqués, où le travail se divise de plus en plus. Ayant des occupations diverses, tenant de leurs origines et de leur physiologie des pensées diverses et des traditions diverses, les concitoyens n'ont plus une conscience sociale aussi délimitée et la pensée individuelle leur échappe. Ainsi le développement de la civilisation tend, dans un certain sens, à l'émancipation de l'individu, à la destruction du lien social.

Mais les hommes ne se recherchent pas uniquement parce qu'ils se ressemblent ; ils se recherchent avec encore plus d'énergie lorsqu'ils sont dissemblables, si grâce à ces dissemblances, ils se complètent, si l'objet utile ou désiré ne peut être fait par un seul, s'il est le produit de deux spécialistes. Il en est ainsi dès qu'apparaît la division du travail dans les divers domaines économique, industriel, politique, intellectuel. Les hommes sont alors rattachés par une solidarité organique, réfléchie, où tout en étant plus intellectuellement isolés, ils sont pourtant de plus en plus sous la dépendance du corps social, car ils ne peuvent se suffire à eux-mêmes et ne peuvent occuper que juste la fonction dans laquelle ils peuvent se rendre utiles. Les concitoyens sont réunis par un lien social sous-jacent.

Cette très belle thèse de Durkheim mérite d'être acceptée dans ces grandes lignes. Pour l'historien du Droit, elle n'est

évidemment qu'un *schema* qui ne saurait le dispenser de contrôle, ni le rendre moins attentif dans l'observation des faits. Mais elle est précieuse, car elle est de nature à faire comprendre avec plus de profondeur philosophique certains faits juridiques du passé. Pourtant même à ce titre, nous ne saurions l'admettre sans lui faire subir quelques retouches.

Le fait que les individus des groupes primitifs se ressemblaient psychologiquement et physiquement paraît justement observé. Mais puisqu'ils avaient, en vertu de leur identité de conformation physique, les mêmes tendances, les mêmes vertus et les mêmes vices, puisqu'ils étaient portés par goût, par leur propre nature à obéir à la conscience sociale, il semble que le crime, l'atteinte à cette conscience dut être inconnue ou à peu près. Le Droit pénal, complètement inutile, n'avait aucune raison de se développer.

Le crime, d'après la définition que l'on en donne — atteinte à la conscience sociale — suppose une certaine originalité d'esprit de la part du criminel, donc une psychologie individuelle. Or, on nous affirme que celle-ci ne naît que plus tard, par la division du travail, lorsque le Droit pénal, pivot unique de la société, commence à perdre de son importance sociale. Il y a là une contradiction évidente. Il faut, pour que le Droit pénal ait pu se développer, au moins un germe de pensée individuelle qui s'oppose à la conscience commune et la fasse réagir. Par suite, les deux modes psychologiques ont dû toujours co-exister quelle qu'ait été leur importance respective aux diverses périodes de l'histoire.

En effet, admettons un clan où tous les hommes sont absolument identiques, cela ne prouve pas que nous retrouvions dans leur pensée collective les éléments intellectuels et moraux qui sont propres à chacun. Cela signifie encore moins que tout individu travaille toujours dans l'intérêt général et révèle à tout le groupe l'intégralité de ses pensées et de ses actions. Il est toujours possible que dans les réunions certaines tendances d'esprits s'exagèrent par la communication et que d'autres restent dissimulées. Ainsi se forment des cou-

rants d'opinions que l'on peut qualifier de « conscience sociale », plus ou moins différentes des vraies tendances auxquelles obéissent les individus en agissant dans leur propre intérêt. Ainsi s'explique la formation de principes ouvertement et traditionnellement affirmés par tous; ainsi s'explique, que malgré l'adhésion générale aux mêmes principes, nous portions tous en nous le germe du péché, de la désobéissance à la morale que nous avons contribué à former, qui est un peu de notre nature, mais qui ne donne jamais complètement satisfaction aux aspirations de l'homme le plus soumis ou de l'homme le plus parfait.

Les tendances individuelles se manifestent d'ailleurs chez les peuples les plus primitifs, dans un des éléments importants du Droit pénal : le droit de se faire justice à soi-même ou la vengeance privée. Le crime n'est pas alors une atteinte à la « conscience commune », mais à des intérêts individuels ; la peine n'a plus comme fonction sociale de maintenir la réprobation générale, mais de donner satisfaction, d'apaiser, de calmer la victime ou ses parents. On a eu le tort, autrefois, de vouloir faire dériver tout le Droit pénal de cette unique source, de considérer, par exemple, le sacrilège comme étant toujours une vengeance divine régularisée. Il est très certain que le crime tire souvent son caractère spécifique de la contradiction qu'il inflige aux opinions dominantes : un grand nombre de crimes politiques et religieux sont dans ce cas. Mais l'école Durkheim ne commet pas une moindre méprise en voulant ramener la vengeance privée à un procédé de réaction collective, sous prétexte que le groupe intervient parfois pour la protéger où la régulariser.

En réalité, le Droit pénal, même le plus ancien, n'est pas homogène. On ne saurait en comprendre l'histoire et le développement , si on ne tient compte à la fois du sentiment individuel de la vengeance, du sentiment collectif de réaction contre les atteintes aux croyances communes, et plus tard de l'idée politique du respect aux autorités civiles et religieuses. Il s'est formé de ces trois éléments les combinaisons les plus

diverses. Il est des civilisations où le crime politique joue le rôle prépondérant, d'autres où son importance est secondaire, d'autres enfin où il n'existe pas du tout. Il est des peuples où la conscience collective n'a pas la force d'ériger en délit les désobéissances aux mœurs et aux croyances. La vengeance privée, plus ou moins régularisée, y fonctionne seule pour maintenir l'ordre public. Il en est ainsi dans le Droit arabe pré-islamique. Il convient à cet égard de lire l'enquête faite sur l'initiative de Mommsen auprès d'une dizaine de spécialistes les plus autorisés sur les origines du Droit pénal. On en retirera très certainement l'impression que la théorie exclusive ancienne serait plus facilement adaptable aux faits que la théorie exclusive de Durkheim.

Mais ce serait un tort d'admettre l'une ou l'autre. Il faut conserver précieusement leur indépendance à chacune des idées qui ont dirigé les destinées du Droit pénal : l'indignation populaire, le courroux de la victime et la volonté du pouvoir qui impose son intervention. La procédure pénale ne saurait non plus se comprendre sans ces trois idées. Prenons un type juridique assez fréquent où les trois forces psychologiques pénales se combinent sans se confondre : Un crime a été commis ; un homme a été tué. Le ou les parents les plus proches vont prendre l'initiative des poursuites. S'ils ne réclament rien, la collectivité n'agira pas à leur place, preuve que l'acte en lui-même lui est indifférent et ne l'a pas indigné. Pourtant l'opinion n'est pas tout à fait étrangère à la mise en mouvement du procès. Celui qui laisserait impuni le meurtre d'un parent serait déshonoré et sa lâcheté pourrait lui valoir même des ennuis juridiques. Mais s'il en est ainsi, c'est que le manque de courage personnel, d'initiative individuelle est blâmé même par la collectivité. Celle-ci aime qu'on la contraigne et même parfois qu'on la violente. Elle n'a pas beaucoup changé depuis ces temps anciens.

La famille de la victime va poursuivre le meurtrier. A une époque plus primitive, elle tuerait sans autre formalité et la guerre se continuerait indéfiniment entre les deux familles.

Mais nous sommes déjà dans une période plus civilisée. Les accusateurs agiront avec le concours des pouvoirs publics et de la force collective : ils seront ainsi plus sûrs de la victoire, ils seront protégés contre le courroux de l'autre famille après avoir exercé le châtiment et, surtout, s'ils agissaient sans implorer l'aide du peuple, les adversaires pourraient être plus habiles qu'eux, se plaindre après la vengeance comme s'ils avaient été les premiers attaqués, mettre la foule dans leur jeu et les innocents risqueraient fort de payer pour les coupables.

C'est donc le moment d'éveiller l'indignation populaire, de déchaîner la meute collective. La famille lésée le fera par les seuls procédés que l'on puisse employer de tout temps pour surexciter les foules, par des cris, des larmes, une mise en scène violente et savante à la fois et surtout par une accusation implacable qui tire toute sa valeur non d'une preuve rationnelle et de déductions compliquées, mais de l'énergie avec laquelle elle est affirmée. Et si elle réussit à intéresser à son affaire la pensée collective, l'accusé n'a plus contre lui un ou plusieurs individus, mais une véritable meute convaincue de sa culpabilité, prête au lynchage. Pour échapper à une pareille fureur, il ne suffit pas de nier, d'invoquer des excuses, il faut des moyens plus énergiques. Celui qui se confinerait dans un rôle purement passif et défensif risquerait fort de perdre la vie avant que l'on ait éclairci son affaire. Il faut prendre un rôle actif, crier à la calomnie, invoquer les dieux et les hommes avec des gestes plus ou moins tragiques. Il faut faire la preuve de son innocence. La preuve incombe à l'accusé, au défendeur. Cette preuve sera dramatique et naïve, de nature à impressionner la foule. Parfois le défendeur l'inventera lui-même, parfois les autorités religieuses ou civiles indiqueront quels sont les moyens de distinguer l'innocent du coupable et à quelles épreuves, il faut soumettre l'accusé.

Ce drame, que constitue le procès criminel primitif, ne peut être conçu que comme une lutte entre deux intelligences personnelles, subtiles, actives et rusées pour lancer l'une con-

tre l'autre la force semi-aveugle, semi-inconsciente, de l'indignation populaire.

Ainsi l'esprit individuel existait à toute époque en conflit ou en combinaison avec l'esprit collectif. Sinon, le Droit pénal, que l'on a choisi à juste titre comme type de contrainte sociale, serait inexplicable. La division du travail a eu, sans doute, une grande importance psychologique. Elle n'a pas créé l'individu et n'a pas détruit les passions des foules et de l'opinion. Il n'y a pas eu substitution d'un type de pensée nouveau au type ancien, mais coexistence à travers le temps de deux forces intellectuelles, qui ont pu agir diversement, suivant les périodes, et dont les rapports historiques ne se laissent pas enfermer dans une formule.

En se plaçant à un point de vue un peu différent, on a esquissé un tableau général des transformations de l'esprit collectif par la civilisation, qui mérite d'être exposé. L'homme primitif est, d'après cette thèse, un être d'instinct et la société primitive une institution instinctive. A ses origines, l'homme comme la fourmi, l'abeille, le castor, est prêt à se sacrifier, à sacrifier les autres individus à la société, aux destinées de l'espèce, sans réflexion, sans intelligence. Il ne se demande pas à quoi peut servir la prospérité générale, sinon à rendre chaque particulier plus fort et plus heureux. Mais l'homme se transforme peu à peu d'être instinctif en être intelligent. Il raisonne le but de ses actions, des lois, des coutumes. La société n'est plus la fin en laquelle doit s'absorber l'individu, sa raison d'être est dans le bonheur qu'elle doit répandre, dans les douleurs qu'elle doit éviter et comme l'être physique humain est le seul qui puisse être heureux ou souffrir, il devient le but raisonné des organisations civilisées. La psychologie sociale ou individuelle se transforme dans sa finalité.

De telle sorte que les formes collectives à buts individuels, doivent remplacer les formes collectives à buts inconsciemment sociaux. Les Etats modernes arrachent l'individu à la tyrannie de groupes plus aveugles et plus oppressifs. Basés sur un altruisme raisonné, ils permettent aux libertés diverses de

s'équilibrer. Aussi ne faut-il pas opposer l'Etat aux individus. Les pouvoirs de l'Etat sont les garanties de notre développement personnel.

Les Etats civilisés se sont formés par des séries de révolutions. Toute révolution est une insurrection contre la tradition irréfléchie et a pour but un transfert d'autorité, la substitution d'un lien social réfléchi au lien d'instinct et de tradition.

La cause de ces révolutions est dans un progrès intellectuel individuel, dans des conceptions de plus en plus élaborées. Le progrès se fait donc toujours dans le sens d'un effort personnel plus complet.

Cette thèse présente une certaine apparence de vérité. Toute époque a ses traditionnalistes autoritaires qui n'admettent pas de discussion sur leurs principes, et des novateurs qui critiquent, argumentent, proposent des systèmes parfois très subtils. Les uns représentent le passé; les autres, l'avenir. Par malheur, ce qui vient compliquer les choses, c'est que les novateurs ne sont pas toujours des intelligences remarquables, ni les autoritaires, des hommes de pur instinct. Ceux-ci raisonnent leur défaut de raisonnement. « La raison de l'homme est trop faible pour se permettre d'innover à tort et à travers. Nos pères savaient ce qu'ils faisaient. Tenons-nous en à l'expérience. » Ce sont des inductifs, qui ne sont pas toujours très bien renseignés, mais qui sont particulièrement attachés à la méthode expérimentale. La science moderne sans approuver leur conclusion ne peut pas condamner leur procédé. Les réformateurs ont presque toujours une logique plus ingénieuse que critique. Leur méthode familière est la déduction. Ils contrôlent rarement si la réalité appuie ou dément leurs dires. Ils furent autrefois de purs déductifs et des déductifs très hasardeux. De nos jours, ils font un peu plus cas de l'observation, mais la dialectique reste l'arme préférée, même de ceux qui ne l'avouent pas. D'ailleurs, on peut se demander s'il est vraiment possible, s'il sera jamais possible d'appuyer une réforme uniquement sur des observations et des inductions. Ceci pour les réformateurs créateurs. Quant aux disciples, ils se contentent

de répéter une argumentation qu'ils ne comprennent pas toujours et reproduisent souvent avec tant de défectuosité que la moindre dose de critique leur en révélerait les lacunes. Toute révolution provient d'une argumentation, d'un besoin de raisonner, mais non pas d'un progrès dans l'art de réfléchir. Les civilisations ne vont donc pas nécessairement vers une participation plus effective de l'intelligence individuelle à l'organisation sociale, vers une diminution de l'esprit d'entrainement et de suggestion. Il n'y a pas à cet égard une ligne droite dans l'histoire, mais des séries de phénomènes qui doivent être appréciés séparément.

D'ailleurs en admettant que la révolution exprime toujours un gain intellectuel, c'est le gain intellectuel du ou des révoltés non de l'ensemble de la nation. Si dans une bande qui obéit passivement à un chef quelques-uns se révoltent et prennent une initiative personnelle, ceux-ci acquièrent par cela un rôle intellectuel supérieur; mais l'ensemble de la bande sera peut-être dirigée avec moins d'intelligence qu'avant et l'acte de réflexion équivaudra en pratique à une véritable bêtise.

Enfin si les rapports sociaux ont passé régulièrement de l'instinct à la réflexion dans les pays civilisés, il est bien surprenant qu'après un nombre aussi considérable de révolutions nous soyons si peu avancés et qu'après avoir tellement réfléchi nous soyons encore aussi instinctifs. Lorsque les serfs et les roturiers des villes, qui obéissaient d'instinct à leur seigneur, sont devenus capables de s'en émanciper, n'avaient-ils pas profondément réfléchi sur l'injustice des abus, l'égalité plus ou moins complète des hommes? N'étaient-ils pas décidés à rompre complètement leur tradition pour établir une société sur des principes rationnels? Comment la cité intelligente, libératrice est-elle devenue la cité instinctive et tyrannique que les Etats — d'après ceux que nous critiquons — eurent raison de détruire pour permettre à l'individu de se retrouver lui-même? Comment se fait-il qu'après des siècles de vie étatique, après des séries de révolutions qui chacune doit nous représenter une destruction de la tradition instinctive et un réveil

de la raison, celle-là ne soit pas depuis longtemps morte et l'autre depuis longtemps réveillée? L'une a la vie bien dure, l'autre le sommeil bien profond.

On n'en peut donner qu'une seule explication. La tradition d'instinct, autrement dit l'Opinion, est une forme de penser qui existe telle qu'elle a toujours existé. Lorsque la raison consciente et individuelle s'attaque à une tradition collective et la détruit, son argumentation, ses affirmations en pénétrant dans la masse se transforment en Opinion inconsciente, irréfléchie que seul un nouvel effort personnel peut à son tour abattre, pour lui substituer une nouvelle pensée collective de même nature que celle qui l'ont précédée.

Il ne faut donc pas échelonner dans l'histoire des phénomènes qui co-existent. L'esprit collectif sous ses diverses formes se retrouve aujourd'hui à peu de chose près ce qu'il était autrefois. Il ne faut pas voir dans l'histoire une succession de formes psychologiques de plus en plus collectives ou de plus en plus individuelles, mais une série de combinaisons les plus diverses d'éléments intellectuels presque identiques à toute période.

Sans doute, il existe à tout instant des forces multiples qui tendent à diminuer la pression que la société exerce sur le cerveau; mais il en est d'autres qui ont la tendance opposée. Il faut savoir découvrir les unes et les autres si l'on veut éviter de faire de la mauvaise histoire ou des prédictions hasardées. Ainsi, si l'on ne tient compte que de certaines tendances du présent, on pourrait admettre avec M. Draghicesco que nous nous acheminons vers une intégration complète de l'humanité. Les peuples se pénètrent de plus en plus; les barrières internationales tomberont peut-être dans un temps plus ou moins long; la distance devient de jour en jour plus facile à franchir; les classes s'égalisent comme fortune, comme mœurs, comme instruction. La conséquence psychologique en est que l'individualité disparaît, ou plutôt que la pensée collective après avoir absorbé tous les efforts individuels sera commune à tous, de telle sorte que les points de vue subjectif, objectif et social

se confondront. La vérité sera acccessible par les trois méthodes. Les hommes étant tout aussi savants et aussi perspicaces les uns que les autres, le meilleur procédé pour découvrir une loi scientifique sera de faire appel au suffrage universel qui contiendra nécessairement la majeure part de vérité objective, puisqu'elle sera l'expression d'un plus grand nombre d'observations. Ainsi le suffrage universel créera le génie en indiquant l'individu dans lequel il désire s'incarner; il distribuera à chacun son rôle, sa valeur, avec d'autant plus de facilité que chacun sera à tous égard l'égal de son prochain.

L'humanité est-elle vraiment destinée à un avenir aussi fantastiquement monotone? Il y a de bonnes raisons d'espérer que non. Pourtant si cet avenir nous parait fantastique, il n'est pas fantaisiste, si nous regardons agir certaines forces sociales et que nous supposions qu'elles emporteront le monde à elles seules, elles doivent logiquement réaliser l'idéal de M. Draghicesco. Cela est d'autant plus certain qu'elles l'ont déjà presque réalisé. Car l'utopie de l'intégration sociale, comme toutes les utopies, n'est pas une œuvre d'imagination mais la généralisation et l'exagération de certains états de la société actuelle. Les aristocraties mondaines et cosmopolites font d'elles-mêmes ce que les socialistes voudraient voir faire à l'humanité. Elles transforment en pensée collective leur jugement sur les hommes et sur les choses. Les principes moraux, scientifiques ou esthétiques n'y sont pas considérés comme susceptibles d'avoir une valeur intrinsèque; ils sont admis ou ne le sont pas. On y choisit les hommes de génie et de talent, on y distribue la valeur personnelle non pas avec des bulletins de vote, mais par des courants d'opinion impersonnels et non réfléchis.

Mais cette classe est soumise aux forces socialisatrices les plus énergiques. Jusque dans les plus petits détails de sa vie, l'individu y est en contact perpétuel avec l'Opinion et avec une Opinion essentiellement diffuse. Cette classe vit sur les Lloyd et les Orient-Express, dans un milieu toujours changeant. Or, des gens qui se connaissent très peu ne peuvent

que se traiter en égaux. Le socialisme psychologique et les principes de fungibilité humaine doivent chez eux trouver un terrain de prédilection.

Mais à côté des forces socialisatrices de l'époque moderne, il est des forces isolatrices très énergiques et sur lesquelles aucune organisation politique ne parait guère pouvoir influer. La science s'objective de plus en plus, elle devient moins humaine, c'est-à-dire moins sociale. Le temps est loin où les savants de l'Europe discutaient par lettres sur les questions les plus abstraites, faisaient de longs voyages pour se retrouver et de longs séjours en commun à remuer des idées ensemble. Nous ne travaillons plus que sur des livres; nous y cherchons des renseignements, parfois des arguments. Mais le nom de l'auteur nous est égal. Nous le citons par probité littéraire; mais plutôt comme indication avec la date de publication et le nom de l'éditeur. L'œuvre la plus objective celle qui échappe le plus à tout influence de milieu est 'celle que nous apprécions.

D'autre part, la vie pratique moderne permet à l'homme de rompre tout lien psychologique avec la société. On peut profiter de tous les avantages de la civilisation, se procurer toutes les ressources de la vie intellectuelle et matérielle par des procédés automatiques.

La vie des affaires s'objective également. On ne faisait pas de marché autrefois sans longues démarches et nombreuses discussions. Aujourd'hui on consulte des cours, on signe un bulletin et tout est fini.

Aussi ne faut-il pas compter sur l'instruction pour socialiser la pensée. Si nous la supposons intégrale pour tous et que malgré les différences d'organes, on obtint ce beau résultat de rendre tout homme l'égal d'un autre, chacun pourrait toujours se passer de son voisin, se suffirait à lui seul n'aurait aucun aucun besoin du concours de la foule.

§ 4. — **Le Droit et la Psychologie collective.** — Le Droit est une chose sociale en ce que la société en est une condition

d'existence : il n'a de raison d'être que pour faire vivre certains hommes en paix et en union, pour aplanir les difficultés que suscite la vie en commun ou même le simple voisinage. Mais est-il un produit social, une invention de la pensée collective ? C'est une autre question. La plupart des inventions industrielles sont destinées à l'usage du grand public et ont des buts sociaux, mais elles résultent de calculs ingénieux et compliqués qu'un ou plusieurs savants ont poursuivi en se concentrant sur eux-mêmes, en s'isolant de la foule pendant des jours et des nuits. Raison d'être sociale, intérêt social, origine sociale sont des points de vue très divers dont l'un n'entraîne pas nécessairement les autres. Ces diverses idées ne sont pas toujours nettement distinguées. Nous voudrions tâcher d'indiquer en quoi la confection du Droit est et a été un phénomène de psychologie collective ou individuelle. Les grands traits de la question pourront seuls être tracés dans les lignes suivantes. Des travaux importants — dont nous n'acceptons que partiellement les conclusions logiques — nous fournissent une grosse part des indications nécessaires.

Le Droit, les institutions, les coutumes juridiques des peuples primitifs ou que nous considérons comme tels se rattachent de très près à la religion. Le roi est le descendant d'une divinité nationale ; le juge, le législateur transmet aux peuples la volonté des dieux, qui se transforme en loi, et ces lois sanctionnent des obligations religieuses à la fois rituelles et morales. Nous ne croyons pas qu'aucun Droit soit exclusivement d'origine religieuse ; il n'en est pas moins certain que l'influence de la religion y est considérable.

La religion est-elle dans son ensemble un phénomène de psychologie collective ? Il ne nous appartient pas de trancher la question. Il est toutefois certain que toute religion suppose l'existence d'une croyance collective au caractère mystérieux, surnaturel, sacré de certaines choses. La notion de « sacré » est peut-être en elle-même un produit de psychologie collective ; en tout cas, elle a pris de très bonne heure la forme collective d'une opinion qui tire une part de sa force de l'affirma-

tion solennelle qui en est faite publiquement dans certaines circonstances.

Toute prescription juridique a donc été une chose sacrée et sa violation un sacrilège, c'est-à-dire non seulement l'offense à un être surnaturel, mais au sentiment le plus énergiquement éprouvé en commun par les individus du groupe, à l'opinion la plus répandue et à propos de laquelle on ne tolère pas de contradiction.

Mais même lorsque le Droit nous apparaît avec son caractère religieux le plus indiscutable, il est loin d'être certain que dans le fond du Droit les prescriptions en elles-mêmes n'aient pas les origines les plus diverses. Le rôle du législateur individuel, qui réfléchit les raisons politiques, pratiques, hygiéniques des lois, n'est pas exclu par le fait que l'obéissance à son œuvre est sanctionnée par la pensée collective la plus puissante du groupe. Ainsi, pour prendre les législations les plus religieuses, le Coran laisse facilement deviner les intentions individuelles que Mahomet confia à la puissante pensée collective qui constitue la religion musulmane ; ainsi, le Droit hindou est essentiellement religieux. Ce n'est pas à dire que les prescriptions qui régissent chaque caste aient avec les dogmes brahmaniques une parenté quelconque. Il est au contraire très vraisemblable que des coutumes d'origine très diverse ont reçu pour des raisons politiques la sanction de l'autorité des brahmanes. Enfin le Droit canonique chrétien est formé en grande part d'éléments laïques. Par sa technique d'élaboration et d'interprétation, par les sources où il puise, il est presque complètement individuel. Il est impossible de le considérer comme un produit de psychologie collective.

On attribue plus particulièrement à la religion l'origine des institutions d'intérêt général. Les institutions d'intérêt privé, la propriété mobilière, le droit des obligations, se sont développées sous la protection d'une conception assez voisine, — ainsi qu'un travail aussi ingénieux que documenté l'a établi récemment d'une façon qui paraît définitive. La Magie a permis la naissance des droits individuels ; le magicien a été le

protecteur de nos conceptions juridiques les plus modernes. Cela n'a rien d'étonnant, car la plupart des sciences, des arts, des industries doivent quelque chose à ces croyances bizarres, à ces pratiques mystérieuses, à ces sortes de religions irrégulières qui répandaient beaucoup d'observations justes et de procédés utiles.

En matière juridique, la magie a principalement agi par voie d'intimidation. Elle a exploité avec bonheur la croyance générale à l'envoûtement, au pouvoir qu'étaient censées avoir certaines personnes, dans certains cas, de faire périr un individu quelconque en consacrant à la mort par des cérémonies variées les objets qu'il avait touchés, la terre sur laquelle il avait marché. Les victimes d'un vol envoûtaient le voleur, directement, par esprit de vengeance, sous condition, pour l'effrayer, le mettre dans l'alternative de rendre l'objet volé ou de périr sous l'influence du sortilège. Certains magiciens se faisaient fort de découvrir les voleurs ; ils flairaient la terre, s'introduisaient dans les domiciles tout nus ou revêtus de vêtements spéciaux, y pratiquaient certaines cérémonies, puis déclaraient si l'objet avait été introduit dans la maison. Plusieurs procédures pénales ont conservé des traces de ces sortilèges, qui constituaient pour la propriété privée une protection souvent très efficace. La magie a donné une sanction aux contrats entre particuliers avant que le législateur s'en soit préoccupé. Les parties se soumettaient aux conséquences de l'envoûtement, procuraient eux-mêmes à leurs adversaires les moyens de l'accomplir au cas où elles manqueraient à leurs engagements. Le travail de M. Huvelin établit donc que la magie a joué un rôle important dans certaines branches du Droit ; un assez grand nombre d'énigmes de l'histoire juridique s'expliquent par cette considération.

Nous nous figurons en général un magicien comme un personnage qui s'attribue de bonne ou de mauvaise foi un pouvoir imaginaire, invente des pratiques bizarres, use au besoin de supercherie pour étonner et impressionner le public. Nous lui attribuons le rôle actif et à la collectivité qui a confiance en

lui un rôle purement passif de dupe en présence d'un trompeur. Un travail de MM. Hubert et Mauss établit qu'historiquement cette conception serait fausse.

Le mage et le magicien sont des créations de psychologie collective. L'opinion attribue à certains individus, parce que leur aspect est anormal ou qu'ils se trouvent dans une situation anormale, un pouvoir surhumain. La conscience populaire fait des magiciens sans consulter ceux à qui on attribue cette qualité. On croit en eux parce que la croyance de chacun s'appuie sur la croyance des autres. On a entendu raconter dans des circonstances impressionnantes les récits des prodiges accomplis ; on a assisté même en groupe à quelques-uns de ces prodiges et l'on s'est convaincu mutuellement que l'on voyait des choses extraordinaires. Le sorcier a peu à faire pour faire croire à son pouvoir ; la communauté a besoin de croire en lui.

Il aurait au contraire beaucoup à faire pour persuader qu'il est un homme comme un autre. Il est dans cet état psychologique où nous sommes tous plus ou moins, qui nous porte à harmoniser notre conduite à notre situation sociale, à l'opinion qu'on a de nous. De nos jours encore, une certaine force nous pousse à continuer le type, le caractère sous lequel nous sommes conçus, la tâche que notre entourage nous assigne, alors qu'elle ne serait ni dans nos goûts, ni dans notre talent. Le sorcier est sorcier parce qu'on le croit sorcier, même s'il ne veut pas l'être ; comme celui qui a la réputation de plaisant est obligé de rire, même s'il n'en a pas envie. L'homme sérieux, de mœurs régulières, est maintenu dans sa ligne de conduite par la considération générale ; son voisin, aimable débauché, est connu comme tel et excusé comme tel. Que les rôles soient intervertis, que le sérieux devienne débauché et le débauché sérieux, il y aura une double révolte de l'Opinion publique, qui se fâchera autant du triomphe de la vertu que du triomphe du vice. L'un et l'autre troublent ses conceptions habituelles. L'Opinion aime que chacun reste chez soi, c'est-à-dire dans les vertus et les vices qu'elle lui a attribués.

Sans doute, on n'est pas obligé d'obéir à l'Opinion. Mais le

fait de se présenter sous un jour nouveau demande un certain effort; heurter la conception que l'on a de vous, vouloir en substituer une autre plus favorable ou plus défavorable est un vrai travail, possible de nos jours, vraisemblablement très difficile autrefois. Le sorcier n'aurait vraisemblablement pas pu faire douter de lui-même. Il est fort probable que, voyant tous les autres croire à sa puissance, il y croyait aussi. Du moins ne pouvait-il douter ni de son importance, ni de son utilité.

De même la magie n'est pas l'œuvre du magicien. En lui imposant sa profession, l'opinion lui a imposé sa sphère d'action et les rites qu'il doit employer. Tout le monde sait ce qu'il est censé pouvoir faire ; on ne le croirait pas s'il osait davantage. On sait comment il doit agir ; on se détournerait de lui s'il agissait autrement.

Nous croyons donc que, dans ses grands traits, la conception collective de la magie doit être préférée à la conception individuelle.

Ainsi la magie générale et la magie juridique ont été observées et décrites avec beaucoup de perspicacité par des disciples de l'école Durkheim. Mais lorsqu'il s'est agi d'en rattacher les conclusions aux principes généraux du système, ces disciples, pour rester fidèles aux principes, ont été obligés de sacrifier une part de leur puissance de logique personnelle. Ils se sont refusés à « reviser la notion du social » telle que Durkheim l'a formulée, et c'était pourtant à quoi devait rationnellement aboutir leurs travaux.

La notion du social, telle qu'ils la conçoivent, comporte l'unité de psychologie du groupe. Le groupe ne saurait avoir qu'un seul esprit, une seule conscience. Les individus puisent en lui leurs croyances, qui, par suite, sont toujours licites et même obligatoires. Pour cette école, une pensée collective en désharmonie avec la société est un non-sens.

Or les sociétés primitives sont en rapport avec les dieux par la religion. Par elle, les hommes savent apaiser, se rendre favorables les puissances surnaturelles, les intéresser à leur dessein par des vœux, des sacrifices, des rites les plus variés.

La religion est une croyance sociale, un produit de l'activité collective du groupe. La magie est un produit de cette même activité, elle est basée sur des croyances émanant du même être psychologique, elle s'adresse également aux dieux par des procédés analogues et doit avoir le même résultat de les apaiser et de les rendre favorables. N'est-ce pas dire que magie et religion sont une seule et même chose ? Et pourtant, dans la plupart des civilisations, et souvent pendant tout le cours de leur développement, il existe une religion et une magie, des prêtres et des mages. Tout le monde sait les distinguer et doit par suite avoir un moyen facile de le faire.

On les reconnaît à ce que le prêtre agit en public, parfois avec le concours de tout le peuple. Celui qui veut faire acte religieux ne se cache pas. La religion est le plus souvent soutenue par les pouvoirs publics. Le sorcier et celui qui recourt à ses offices agissent toujours plus ou moins en secret et par des rites secrets. Ils prennent à dissimuler un soin d'ailleurs très variable, car parfois les pouvoirs publics les tolèrent et même les encouragent, d'autres fois prohibent énergiquement tout acte de sorcellerie et punissent très sévèrement ceux qui s'en rendent coupables.

Comment la société a-t-elle honte des croyances qu'elle a élaborées ? Comment poursuit-elle ou blâme-t-elle un sorcier à qui elle a imposé son rôle, et celui qui l'emploie, puisque tout le monde croit à l'efficacité des sortilèges ? — On ne saurait blâmer la croyance magique ; elle est commune à tous ; ni les rites magiques : ils sont de même nature que les rites religieux. Ce que la société, en tant que collectivité, voit d'un mauvais œil, c'est que le sorcier s'est mis au service des particuliers, qu'il exploite les pouvoirs que lui reconnaît la croyance commune dans des intérêts privés. La magie sort de la religion, se détache d'elle, affecte un caractère illicite et se dissimule plus ou moins du jour où elle permet à chacun de défendre lui-même ses droits et de se procurer des avantages particuliers. On a ainsi, avec beaucoup d'ingéniosité, donné une explication au premier abord admissible de l'institution

sociale antisociale que serait la magie, conception qui, sans cela, ressemblerait beaucoup au poisson d'Ibsen, qui avait peur de l'eau.

Par malheur, les faits n'autorisent nullement à affirmer que la magie ne diffère de la religion que par l'emploi qui en est fait. On nous a bien montré que l'une et l'autre expriment des croyances d'origine collective, que les divers éléments de l'acte magique et de l'acte religieux ont un air de parenté très frappant. Il n'y a entre eux aucune opposition de nature. Ils peuvent s'adresser l'une et l'autre à des dieux bienfaisants ou malfaisants, l'une et l'autre attribuent à certains objets des propriétés merveilleuses, l'une et l'autre sont en général d'un formalisme méticuleux. On n'en peut conclure qu'il y ait eu à un moment quelconque de l'histoire identité de fond et de forme entre les deux institutions. Il faudrait pour cela qu'on nous cite un instant d'une civilisation quelconque où le prêtre et le sorcier auraient eu exactement les mêmes croyances, auraient accompli exactement les mêmes cérémonies et où pourtant on les aurait distingués l'un de l'autre.

Bien au contraire, le sorcier entre en concurrence avec la religion avec des procédés qui sont bien à lui. Parfois il ressuscite des rites abandonnés, se donne comme le représentant de religions vaincues, mais dont le peuple n'a pas perdu tout souvenir. Parfois il parodie le culte officiel, dit les prières en sens inverse, fait les signes à rebours, montre qu'il existe entre lui et la religion une opposition systématique, une rivalité.

Si le mage était simplement le Prométhée qui dérobe aux croyances collectives la flamme des autels en faveur des particuliers, pourquoi ne la donnerait-il pas telle qu'il l'a reçue. Si lui et ses clients croyaient en l'efficacité de l'acte religieux, comment oseraient-ils en modifier, en ridiculiser, en souiller parfois les gestes et les formules ? N'est-ce pas par manque de confiance dans le médecin que l'on s'adresse à la somnambule ?

D'autre part, les religions officielles se sont-elles jamais

refusées à protéger les intérêts particuliers ? A coup sûr, le paganisme grec et romain ne sont pas dans ce cas. Perse se plaignait amèrement de l'égoïsme des vœux adressés aux dieux officiels et appuyés de brillants sacrifices, et les exemples de prières immorales ne seraient pas rares dans beaucoup de littératures. Je ne sais si l'on peut citer une époque où il en fut autrement. Dans ce cas, les pratiques de sorcellerie auraient eu une utilité toute transitoire et l'on peut se demander comment elles ont pu si longtemps survivre à leur raison d'être.

Enfin, si la magie eût été l'anarchie, elle n'aurait pu enfanter aucun Droit, apporter aucune sanction ni à la propriété privée, ni aux obligations. La magie fournit aux particuliers une arme imaginaire, mais puissante, sans déterminer qui a le droit de s'en servir. Le voleur pouvait aussi bien envoûter le volé que le volé le voleur ; l'innocent ou le coupable, l'homme de bonne foi et le fourbe étaient également exposés à être victimes d'un sortilège. Il a fallu l'intervention de la loi pour réglementer le sortilège, le permettre dans certains cas, le défendre dans d'autres, c'est-à-dire que la magie n'a pu servir à constituer des Droits privés que lorsque ces Droits ont été officiellement reconnus légitimes. On cite même des législations qui imposent des procédures magiques pour la découverte des crimes. Il est possible d'ailleurs et même vraisemblable que, même sans l'intervention des pouvoirs publics, une croyance générale ait fait considérer comme plus redoutable le sortilège lancé contre celui qui est dans son tort. Cela n'en suppose pas moins la reconnaissance par la collectivité de la légitimité de l'acte magiquement garanti.

En retouchant, au contraire, la notion du Social, il est facile de faire disparaître toute difficulté. Si le groupe politique, même primitif, n'est pas, comme je le prétends, une unité psychologique, mais le milieu où des pensées collectives de natures les plus diverses peuvent naître et s'épanouir, on comprend la position respective et les caractères différents de la magie et de la religion. Elles ne peuvent pas avoir autorité l'une et

l'autre sur les mêmes hommes réunis dans les mêmes conditions, mais peut-être sur ces mêmes hommes réunis dans des conditions différentes, sur une partie de ces mêmes hommes, sur d'autres hommes, autrement groupés. L'être collectif qui croit à la religion n'est pas le même que celui qui croit à la magie, bien que l'un et l'autre habitent pour ainsi dire le même pays.

Peut-être ces deux catégories de croyance n'ont-elles pas prise sur les mêmes cerveaux ; peut-être ont-elles prise sur les mêmes cerveaux soumis à des influences diverses. La religion est une psychologie collective officielle. L'émotion religieuse gagne la foule assemblée dans les temples au moment du sacrifice. Chacun en emporte chez soi le souvenir ; mais, chez l'individu isolé, elle a une tendance à décroître sensiblement. La magie est un courant d'opinion obscur et vague qui impressionne l'individu, parce qu'il ignore le nombre de ceux qui la partagent. Elle se communique secrètement par des récits de parents aux enfants, dans des réunions intimes et peu nombreuses, ou par d'autres moyens inconnus. Elle porte en elle la preuve d'une méfiance instinctive de l'individu contre ce qui est officiel, qui veut s'imposer à sa conviction, auquel il donne une adhésion plus apparente que réelle et de son penchant pour ce qui a l'air de vouloir se dissimuler. La force psychologique magique peut d'ailleurs être très proche de la force psychologique religieuse et politique. Il n'existe alors aucune hostilité entre ces trois pouvoirs ; ils s'accordent et se complètent plus qu'ils ne se combattent. La société tolère le sorcier, l'encourage, l'emploie à des besoins généraux. Dans d'autres civilisations, on condamne le sorcier, on le prohibe, on le persécute, même lorsqu'il sait être bienfaisant. On défendra ainsi aux particuliers de recouvrer la santé par son entremise. On ne le poursuit pas parce qu'il fait le mal, mais parce que la pensée collective dont il émane est incompatible avec l'idée religieuse ou politique. Le caractère essentiellement flottant que l'on a signalé des rapports entre les conceptions magiques, religieuses et sociales s'explique très aisément si on les abstrait en trois figures indépendantes

par leur naissance même et devient incompréhensible si elles sont le produit d'une seule et même cause.

Nous avons insisté sur des travaux qui semblent, par leur matière, souvent en dehors de l'histoire juridique ; nous les avons critiqués avec une ardeur que notre compétence ne justifie pas. Leur importance est capitale pour la constitution d'une méthode historique autant que pour la compréhension philosophique des institutions. L'un établit les origines magiques des droits individuels, et l'autre caractérise la nature de la magie comme produit de pensée collective, et ces conclusions, qui nous paraissent complètement justifiées, éclairent d'un jour nouveau la naissance de la propriété privée et des obligations. Mais devons-nous confondre le collectif et le social, admettre la thèse que la pensée du groupe une et dominatrice a régné sur l'ensemble des conceptions humaines jusqu'au jour où l'insurrection du mage a libéré l'intérêt individuel ? Nous ne le croyons pas. Le Droit a des origines collectives et non des origines sociales. L'esprit collectif, qui présente certains caractères constants, peut apparaître néanmoins sous des formes très variées, être licite ou illicite, suivant les cas, aux yeux de la collectivité politique. Nous nous interdisons toute formule générale sur les rapports entre ces diverses forces psychologiques et nous nous obligeons à remplacer les synthèses générales qui nous sont présentées par des analyses spéciales à chaque cas.

II. — Ainsi le Droit est collectif par ses racines religieuses et magiques. Ce n'est pas à dire qu'il n'ait rien d'individuel dans ses premières époques. Nous en avons signalé un exemple dans les origines du Droit pénal et croyons à la collaboration primitive des forces psychologiques de diverses natures. Mais, pour simplifier l'exposé, nous faisons pour le moment abstraction du rôle originaire de l'individu et considérons le Droit comme produit de croyances collectives.

Il existe alors sous cette forme spéciale où il doit être soutenu dans toutes ses applications par l'esprit de foule ou la tradition. Il présente du vague et de l'incohérence : Chaque

fois que se présente un cas nouveau, le peuple hésite ; chacun cherche à savoir ce que pense son voisin au lieu de chercher la solution de l'affaire dans un raisonnement d'analogie ou d'*a fortiori*. Mais toute pensée humaine est susceptible de prendre la forme individuelle. Des individus isolés peuvent réfléchir sur les questions juridiques, rapprocher les décisions des tribunaux populaires, les classer, les comparer, en rechercher les raisons d'être, en un mot appliquer toute leur force de logique personnelle aux coutumes et à la jurisprudence et par suite en transformer la nature.

Toute pensée humaine est susceptible de se systématiser, de transformer sa base, de substituer à l'émotion commune, à l'opinion irréfléchie qui en fut la cause première, une argumentation plus ou moins solide. Mais les diverses sciences et les divers arts n'ont ce pouvoir qu'à des degrés très divers. Il en est où les connaissances traditionnelles sont à la disposition complète du savant, qui peut en toute liberté prendre ce qui lui convient, rejeter ce qui ne lui convient pas. La philosophie, les sciences naturelles ont été privilégiées à cet égard. Mais il en est d'autres où la collectivité, l'opinion, ne renonce jamais à son droit de surveillance sur le travail privé. Le moraliste, le juriste, l'artiste, le prêtre, le sorcier, le médecin même sont et ont toujours été obligés de respecter certains principes, certaines opinions, certains dogmes. Le premier juriste recueille des coutumes, des décisions judiciaires. Il ne les invente pas ; s'il les trouve déraisonnables, il ne peut pour cela les omettre, ni ajouter à la loi. Il ne peut non plus employer une technique qui dépasserait l'intelligence de ceux qui doivent étudier les lois. La religion s'individualise autrement que le Droit ; les dogmes y sont plus inflexibles, mais par cela même les déductions rigoureusement logiques qu'un cerveau tire des dogmes peuvent plus facilement, malgré leur subtilité, s'imposer à la masse.

Or nous avons laissé le Droit primitif sous sa forme collective confondu avec la religion et la magie. La science juridique montrera par la suite une double tendance, d'une part, se cons-

tituer en science indépendante, se laïciser, d'autre part, devenir plus scientifique, s'individualiser. Mais, suivant les civilisations, le double phénomène s'est présenté dans un ordre différent. Certaines techniques juridiques — Droit hindou, Droit romain, Droit hébreu, Droit canonique chrétien en certaines institutions — se sont formées par la logique religieuse, ont été réfléchies par des prêtres avant de l'être par des laïques, et quand la laïcisation est survenue, le Droit était déjà individualisé. Au contraire, chez les peuples germains, la laïcisation juridique est très ancienne, et l'individualisation, la science juridique très récente. Les institutions sont restées très longtemps au régime de l'interprétation collective. Si la logique des juristes, l'esprit des praticiens se ressemblent si peu dans les divers pays, cela tient en grande partie à ce que certains Droits conservent les traces des procédés d'individualisation religieuse, tandis que les autres ont dû trouver ailleurs leur méthode et leur pratique.

La magie, à son tour, eut ses écoles et ses savants qui en ont recherché les principes rationnels. Contenait-elle encore à cette époque des éléments juridiques ? Est-il en quelque pays une institution qui ait été soumise à la critique personnelle du sorcier et se soit ainsi individualisée magiquement ? Cela est fort possible. Mais les études sur le Droit magique sont trop récentes pour que l'on puisse répondre. Nous reprendrons s'il y a lieu la question dans notre histoire de la technique juridique.

III. — La doctrine et jusqu'à un certain point la jurisprudence tendent à faire du Droit une science de logique individuelle dominant la foule et l'Opinion. Mais à devenir trop abstraite, elle devient impopulaire. Quant le juriste vient développer en public ses raisons quasi-algébriques pour justifier des solutions qui peuvent paraître arbitraires ou tyranniques, le public se demande si on ne se moque pas de lui. Le même doute saisit le juge dont l'œuvre est plus directement appréciée par le peuple que le travail doctrinal. Il sacrifie facilement une déduction qui s'impose d'après les règles du syllo-

gisme, mais que son entourage ne ratifierait pas. Le juriste commence par protester ; il finit pourtant par se demander, si on peut dans un cabinet de travail, trouver les solutions utiles pour le monde des affaires. Il se méfie de lui-même et contribue à son tour à restituer au Droit sa forme collective.

Alors s'établissent les principes que la Loi doit être, au moment de sa création, l'expression de la volonté de tous ou du plus grand nombre, que le juge et le juriste doivent s'inspirer de cette pensée créatrice originaire et de toutes les modifications qu'elle peut subir par la suite dans le pays.

Ces principes — en tant que principes — ne sont pas critiquables au moins dans leur ensemble. Il est vraisemblable qu'ils triompheraient assez rapidement de toute résistance, s'il y avait un moyen pratique de connaître les pensées réelles de la majorité. Malheureusement ce moyen n'existe pas. On ignore complètement cette conscience générale, qui pourrait avec assez de raison prétendre au titre de souveraine ; on est obligé de lui substituer des pensées collectives, des élucubrations de la foule ou de l'Opinion.

Les assemblées populaires sont des foules ; les Parlements des régimes représentatifs sont des foules choisies dans d'autres réunions, assemblées électorales, aussi incohérentes que les assemblées législatives. Ce n'est pas à dire que cette manière de faire la loi soit condamnable et n'ait pas ses avantages : ce n'est pas ou tout cas, celui d'exprimer fidèlement les pensées d'un peuple.

Le referendum est sans contredit le système de beaucoup le plus perfectionné pour dégager les idées de la majorité. Pratiquement on ne voit guère ce qu'on pourrait imaginer de mieux. Scientifiquement, il nous révèle plutôt des courants d'opinion qu'un total de pensées personnellement réfléchies.

Quant au juge et au juriste, ils n'ont à peu près jamais un moyen quelconque de savoir ce que pense le pays d'une question de Droit ou de législation. Lorsqu'ils se prétendent les interprètes de la conscience commnne, ils font œuvre de pure fantaisie.

D'ailleurs lorsqu'un peuple ou une assemblée s'est rendu compte de la difficulté de la réglementation et de l'interprétation, ils laissent volontiers les plus travailleurs et les plus habiles élaborer la loi et se borne à la ratifier ou à la rejeter, de telle sorte que le Droit retombe dans le domaine de la logique scientifique et individuelle.

Ainsi dans le Droit les forces d'élaboration agissent et réagissent les unes sur les autres. Le calcul de ce qui revient à la collaboration populaire ou au travail personnel doit s'établir heure par heure.

LITTÉRATURE SUR LA PSYCHOLOGIE SOCIALE ET LE SOCIALISME PSYCHOLOGIQUE

Rey : *Leçons élémentaires de psychologie*, p. 4. « Parmi les faits de conscience, il en est qui ne sont donnés que parce que les individus chez qui ils apparaissent vivent en société. La société en est la raison d'être directe ; et si l'on considérait l'individu seul, ils seraient inexplicables. Ces faits qui se rattachent directement à la société sont l'objet des sciences sociales : ce sont les faits sociologiques et la psychologie n'a point à s'en occuper, car ils manifestent des propriétés tout à fait nouvelles. Elle ne connaît que les faits de conscience qui ne dépendent point du groupement social. Elle est la *science des faits de conscience individuels.* »

Draghicesco : *Du rôle de l'individu dans le déterminisme social*, p. 152. « La nature ne nous dispute pas trop ses avantages, les arbres ne s'opposent pas à ce que nous cueillons leurs fruits.

» En face de ces premières nécessités, soumis à ces influences, l'homme ne se trouve pas encore dans les conditions difficiles, qui déterminent l'apparition de la conscience.

» Il en est autrement lorsque l'homme ou l'animal ne se trouve plus isolé ou presque en face de la nature, mais placé au sein d'un groupe social et en concurrence avec les semblables de son groupe et avec des groupes étrangers. Cette fois les ennemis qui sont des êtres vivants ne peuvent pas être évités passivement...

Ce qui est hostile dans le monde social, vous fait la chasse, ce qui nous fait obstacle nous résiste activement, nous attaque ; l'opposition devient une lutte. Si la lutte finit, l'homme lorsqu'il ne tue pas son semblable se l'asservit. »

Schmoller, *Principes d'économie politique.* Trad. Platon, T. I p. 44. « Tout sentiment tire un surcroît de vie de la conscience que d'autres le partage. Une pensée chez un individu isolé est faible et misérable ; une impulsion de volonté devient plus forte à mesure que s'accroît le nombre de compagnons qui la ressentent. Ce que dix croient, cent l'admettent facilement. Ce que cent croient sera facilement sans examen la vraie solution pour des milliers et des millions. Les forces collectives quand elles ont pour elles l'autorité de la vraisemblance, font boule de neige comme les avalanches. Les forces qui naissent de l'accord dépassent incommensurablement le simple total des forces composantes. »

Durkheim. *Règles de la méthode sociologiques.* « Le groupe pense, sent, agit tout autrement que ne feraient ses membres s'ils étaient isolés. »

De la division du travail social, p. 26. « L'ensemble des croyances et des sentiments communs à la moyenne des membres d'une même société forme un système déterminé qui a sa vie propre ; on peut l'appeler *la conscience collective ou commune.* Sans doute, elle n'a pas pour substrat un organe unique ; elle est par définition diffuse dans toute l'étendue de la société ; mais elle n'en a pas moins des caractères spécifiques qui en font une réalité distincte. En effet, elle est indépendante des conditions particulières où les individus se trouvent placés ; ils passent et elle reste. Elle est la même au nord et au midi... De même, elle ne change pas à chaque génération... Elle est donc tout autre chose que les consciences particulières quoi qu'elle ne soit réalisée que chez des individus. Elle est le type psychique de la société, type qui a ses propriétés, ses conditions d'existence, son mode de développement, tout comme les types individuels quoique d'une autre manière. »

Id. p. 66. « On sait quel degré d'énergie peut prendre une croyance ou un sentiment, par cela seul qu'ils sont ressentis par une même communauté d'hommes en relation, les uns avec les autres ; les causes de ce phénomène sont aujourd'hui bien connues. De même que des états de conscience contraires s'affaiblissent réciproquement, des états de conscience identiques en s'échangeant, se renforcent les uns des autres. Tandis que les premiers se soustraient les seconds s'additionnent... Voilà pourquoi dans les assemblées nombreuses, une émotion peut acquérir une telle violence, c'est que la vivacité avec laquelle elle se produit dans

une conscience retentit dans toutes les autres. Il n'est pas nécessaire que nous éprouvions par nous-mêmes, en vertu de notre seule nature individuelle, un sentiment collectif, pour qu'il prenne chez nous une telle intensité ; car ce que nous y ajoutons est en somme bien peu de chose. Il suffit que nous ne soyons pas un terrain trop réfractaire... »

WORMS. *Philosophie des sciences sociales,* v. le ch. I. *Phénomènes sociaux et êtres sociaux,* et ch. II § 5. *Peuple, nation, société, Etat.*

Id. p. 28. « Car en chacune d'elles, tous les membres se considèrent comme citoyens, comme appartenant à une même collectivité fondamentale. Et c'est là le criterium subjectif sans doute, mais en somme précis qui permet de reconnaître l'existence d'une société. »

Id. p. 31. « La société c'est l'unité collective dont l'existence est nécessaire au maintien des vies individuelles. »

EMMANUEL LÉVY. *Revue trimestrielle,* 2me an. p. 106. « Il importe avant tout que le juge soit un reflet conscient de l'opinion publique. Il faut qu'il soit choisi de manière à être la conscience de tous les milieux sociaux. Il ne faut pas qu'il puisse, en vertu de son indépendance, désobéir à leurs lois formelles ou non formelles.

. . . .

» Donc étudier le milieu social, sans objectivisme, ni du juriste, ni de l'individu, telle est à mon humble avis la méthode, qui est tout simplement une méthode d'autopsychologie sociale. »

TANON. *L'évolution du Droit et la conscience sociale,* p. 70. « La conscience collective n'est, au fond et dans sa réalité, qu'un nom que nous assignons à un ensemble de forces idéales qui, représentées dans les consciences individuelles, en ce qu'elles ont de commun, agissent au sein des sociétés, pour l'évolution de la vie sociale. »

WUNDT. *Ethik,* 2e B., S. 54. « Aeusserlich wird dieser Zusammenhang des Einzelbewusstseins mit einem Gesamtbewusstsein und mit einem ihm entsprechenden Gesamtwillen durch alle die Momente der Kultur und Sitte bezeichnet, indem das übereinstimmende Fühlen und Denken einer Gemeinschaft sich ausprägt. Sprache, mythologische und religiöse Anschauungen, Lebensgewohnheiten und Normen des Handels weisen hier auf gemeinsame geistige Erlebnisse hin, die an Umfang wohl alles, was die Einzelne für sich zurückbehalten mag, überragen. Ueberall wo Menschen mit gleichen Anlagen und unter gleichen Naturbedingungen zusammenleben, müssen von selbst Vorstellungen und

Gefühle einen wesentlich übereinstimmenden Inhalt gewinnen. In nichts äussert sich dies deutlicher als in der ursprünglichsten aller gemeinsamen Lebensäusserungen, in der Sprache. »

« In der primitiven Horde dieser ursprünglichsten Form der Gemeinschaft verschwindet die individuelle Persönlichkeit noch fast ganz in der Masse der Zusammenlebenden. Erst allmählich sondern sich einzelne führende Charaktere von dieser Masse durch die Macht ihres Sonderwillens, mit der sie günstigen Falls neue Lebensformen vorbereiten... Indem sich so in der Sippenorganisation die Verbindungen erweitern, beginnen sich mehr und mehr die Personen zu individualisieren, indes nun gleichzeitig verschiedene Gemeinschaftsformen übereinander greifen, so dass der Einzelne jetzt nicht mehr in dem einen Verband der Horde aufgeht, sondern mehreren Lebensformen zugleich angehört, und in jeder derselben, in Familie, Sippe, Stamm, zugleich mit einem Teil seiner einem Gesamtwillen unterworfenen Instinkte wurzelt. Den letzten entscheidenden Schritt in der Verselbständigung der individuellen Persönlichkeit tut endlich die staatliche Organisation. »

Durkheim. *La division du travail social*, p. 58, 59. « Ce qui accroît au moins encore l'importance de ces faits au point de vue de la doctrine, c'est qu'on a très souvent soutenu que la vendetta avait été primitivement la forme unique de la peine, celle-ci aurait donc consisté d'abord dans des actes de vengeance privée. Mais alors si aujourd'hui la société est armée du droit de punir, ce ne peut être semble-t-il qu'en vertu d'une délégation des individus... Dans le principe, ils se vengeaient eux-mêmes, maintenant c'est elle qui les venge.

» Mais si répandue que soit cette théorie, elle est contraire aux faits les mieux établis. On ne peut pas citer une seule société où la vendetta ait été la forme primitive de la peine. Tout au contraire, il est certain que le Droit pénal à l'origine était essentiellement religieux. »

Mommsen. *Zum ältesten Strafrecht*, p. 3. *Frage I.* « Die Verfehlung des Menschen, mag sie in seinem Wesen (monstrum) oder in seinem Handeln gegeben sein, unterliegt in der Urzuständen des menschlichen Daseins wohl lediglich dem Götterzorn und der Menschenrache. Es fragt sich, ob dieser dem Strafverfahren voraufgehende Zustand effektiv nachgewiesen werden kann. »

Antwort. Nœldeke. *Zum ältesten Strafrecht*, p. 87. « Im ganzen ist bei den alten Arabern das Strafrecht auf (diesem) bezeichnetem Standpunkte stehen geblieben, gibt es also kein Wahres Strafrecht...

Das Geschlecht, der Stamm sind moralische Einheiten von

grosser Autorität, aber ohne Zwangsgewalt... Nur die Blutrache verbürgt die Sicherheit in gewissem Grade.

Zivilrechtliche Gewohnheiten gab es ohne Zweifel in grösserer Masse...

Der religiöse Moment spielte bei den Arabern jener Zeit keine grosse Rolle. »

Antwort I. Wellhausen. *Id.*, p. 91. Der vorauszusetzende Urzustande findet sich tatsächlich noch bei den vorislamischen Arabern. Freilich einseitig entwickelt. Nämlich den Götterzorn überlassen sie den Göttern und tun selber nichts, um ihn zu vollstrecken oder zu sühnen. Praktische Bedeutung hat nur die Menschenrache. »

Richard. *L'idée d'évolution*, p. 247. « L'histoire des révolutions qui ont accompagné le développement du Droit et de la formation du Type social de l'Occident n'est donc pas le tableau d'une longue insurrection de l'esprit contre le cœur. La victoire de la finalité rationnelle sur la finalité instinctive n'est pas la dissolution graduelle des liens sociaux et la psychologie sociale ne peut ratifier ni les jugements de Comte, ni ceux de Vierkandt. Si leur opinion a pu être soutenue, c'est que, faute d'une analyse suffisante, on a confondu le plus souvent l'altruisme avec l'égoïsme collectif...

» La morale sociale rationnelle énonce entre l'individu et la société un rapport de finalité réciproque.... La foi est le développement et le perfectionnement de l'individu... »

Draghicesco, p. 318. « La vulgarisation des sciences, par les efforts des démocrates à réaliser un enseignement intégral est imminent. Or ce simple fait ne nous laisse-t-il pas entrevoir le moment où les hypothèses scientifiques sur la société et même sur les phénomènes de la nature se transformeront en lois sociales ou naturelles, au moyen du suffrage universel dans l'immense congrès du peuple.

» Il n'est pas jusqu'aux arts qui ne soient touchés par ce mouvement... »

Huvelin. *Magie et droit individuel. Année sociologique*, 1907. p. 1. « Nous savons grâce à une démonstration décisive, que les faits qu'on appelle magiques sont des choses sociales, au même titre que les faits qu'on appelle religieux ; les uns et les autres sont des produits de l'activité collective ; ils ont pareillement leur source dans la croyance commune des membres des sociétés humaines. Cette conclusion doit servir dorénavant de base à toute recherche sur la magie. Mais elle ne rend compte que d'un aspect de la question. Car la magie n'est pas sociale sous toutes ses formes...

» Le fait magique a quelque chose d'occulte, de peu avouable, parfois même d'illicite. Mais cette constatation nous conduit à une impasse. Toute chose sociale étant par définition obligatoire en ce sens que la société l'impose à l'individu, la question de sa licéité ne se pose même pas. »

Id. p. 45. « Le droit est une règle de vie sociale ; sa sanction est sociale ; il repose sur la croyance commune ; à ses origines il se confond avec la religion. Il semble donc ne laisser aucune place aux activités individuelles : et en effet, dans les sociétés peu différenciées, toute manifestation d'individualisme est rare, insolite, dénué de sanction, quand elle ne constitue pas un délit. Lorsque les sociétés s'organisent par la division du travail, l'activité individuelle grandissante ne peut, pendant longtemps encore atteindre ses fins, et obtenir la protection sociale qu'en se couvrant de formes religieuses... Somme toute cet emploi des formes religieuses par l'individualisme peut passer pour un subterfuge ou pour une exploitation...

» Ma conclusion est donc la suivante: dans le domaine du droit, le rite magique n'est qu'un rite religieux détourné de son but social régulier, et employé pour réaliser une volonté ou une croyance individuelle. »

Hubert et Mauss. *Esquisse d'une théorie générale de la magie*, p. 3. « Nous avons dit autrefois que la notion de sacré était une notion sociale, c'est-à-dire un produit de l'*activité collective*, d'ailleurs, la prohibition ou la prescription de certaines choses paraissent bien être le fruit d'une sorte d'entente. Nous devrions donc conclure que les pratiques magiques, issues de cette notion ou d'une notion semblable, sont des faits sociaux, au même titre que les rites religieux. Mais ce n'est pas sous cet aspect que se présentent normalement les rites magiques. Pratiqués par des individus isolés du groupe social, agissant dans leur intérêt propre ou dans celui d'autres individus et en leur nom, il semble demander beaucoup plus à l'ingéniosité et au savoir faire des opérateurs. »

Id. p. 36. « La profession de magicien est, en définitive une profession des mieux classées, peut-être une des premières qui l'aient été. Elle est si bien affaire de qualification sociale que l'individu n'y entre pas toujours d'une façon autonome et de son plein gré. On nous cite même des exemples de magiciens malgré eux.

» C'est donc l'opinion qui crée le magicien et les influences qu'il dégage. C'est grâce à l'opinion qu'il sait tout, qu'il peut tout. »

Sti. Aurel. Augustini. *de Doctr. christ.* II 45. « aliud... est di-

cere : Tritam istam herbam si biberis, venter non dolebit. Ibi enim probatur contemporatio salubris. Hic significatio superstitiosa damnatur. Quamquam ubi præcantationes, et invocationes, et characteres non sunt, plerumque dubium est utrum res quæ alligatur, aut quoquo modo adumgitur servando corpori, vi naturæ valeat, quod libere adhibendum est, an significativa quadam obligatione proveniat, quod tanto prudentius oportet cavere christianum, quanto efficacius prodesse videbitur. Sic ubi latet qua causa quid valeat, quo animo quisque utatur, interest, duntaxat in sanandis vel temperandis corporibus, sive in medicina, sive in agricultura. »

Hubert et Mauss. *Op. cit.* p. 88. « Dans un art ou dans une science les principes et les moyens d'action sont élaborés collectivement et transmis par tradition... Mais les éléments donnés, l'individu vole de ses propres ailes. Sa logique individuelle lui suffit pour passer d'un élément à l'autre et de là, à l'application. Il est libre ; il peut remonter théoriquement jusqu'au point de départ de sa technique ou de sa science, la justifier ou la rectifier à chaque pas, à ses risques et périls. Rien n'est soustrait à son contrôle. »

Id. p. 145. « Les magiciens ont tenté parfois de systématiser leur connaissance d'en trouver les principes. Quand pareille théorie s'élabore au sein des écoles des magiciens, c'est par des procédés tout rationnels et individuels. »

Durkheim. Compte-rendu de Richard. *Les lois de la solidarité morale* dans *Année sociologique*, 1907, p. 382. « Il est de toute évidence que plus nous avançons, plus le facteur personnel devient un élément essentiel de la personnalité. La moralité irréfléchie, inconsciente d'elle-même et de ses raisons n'est plus à nos yeux qu'une moralité imparfaite ; la conscience publique se prononce sur ce point avec une netteté qu'il est difficile de contester...

» Mais si, comme il résulte de certains passages, sans que pourtant nous soyons assuré d'apercevoir clairement sa pensée, M. Richard entend conclure de cette proposition incontestable que la morale devient de moins en moins une chose collective, nous nous trouvons en présence d'une assertion toute différente de la première, qui n'y est nullement impliquée... De ce que nous devions pratiquer la morale avec plus de conscience et de réflexion, il ne s'en suit nullement qu'elle cesse, pour cela, d'être chose sociale si elle est socialé par nature... *Il peut même se faire (et c'est en fait ce qui arrive) que ce soit la société elle-même qui réclame de ses membres un effort moral plus personnel.* »

Draghicesco. *Du rôle de l'individu dans le déterminisme social*, p. 320. « Les assemblées législatives ne sont-elles pas en effet des foules qui procèdent au moins aussi méthodiquement

qu'un savant dans son cabinet isolé, qui conçoit que les masses doivent être laissées hors de compte dans l'évolution sociale. »

Paul Seippel. *Les Deux Frances*, XXI. Par malheur, si les Français, pris isolément sont volontiers d'un bon sens très rassis, ils deviennent impressionnables à l'excès et fanatiques lorsqu'on les réunit en foule ou en assemblée délibérante. Au Palais-Bourbon, on voit souvent des députés des diverses fractions de la gauche et de la droite discuter amicalement et avec un entier sang-froid. Rentrés en séance, ils déraisonnent et se lancent à la tête les pires injures. Et ce n'est pas exclusivement pour la galerie qu'ils échangent ces paroles ailées. L'âme de la foule les a englobés. »

CHAPITRE VI

Eléments psychologiques du Droit.

Bibliographie. — J. Kohler in Helmolt's, *Weltgeschichte*, I. ; *Lehrbuch des deutschen Rechts*, c. I. ; — Herbart, *Analystische Bedeutung des Naturrechts und der Moral ; Ueber einige Beziehungen zwischen Psychologie u. Staatswissenschaft ;* — Bonucci, *De l'orientazione psicologica dell'Etica et della Filosofia del Diritto*, 1907 ; — Schmeidler, *Ueber Begriffsbildung und Werturteile in der Geschichte* ; *Annal. d. Naturphilos.*, III. 24. — Lamprecht, *Vorwort zur Deutschen Geschichte*. III. Auflage. — Horwicz, *Psychologische Analysen auf psycholog. Grundlage.*— Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre ;* — Jhering, *Der Zweck im Recht*. t. II. ; — Schmoller, *Principes d'économie politique. Introduction ;*

Bagehot, *Lois scientifiques de l'évolution des peuples ;* — Letourneau, *La sociologie d'après l'ethnographie ; L'évolution de la propriété ;* — Romanes, *L'évolution mentale chez l'homme ;* — Schurtz, *Ursprung der Kultur ;* — Schneider, *Die Naturvölker ; Missverständnisse*... etc ; — Richard Hildebrand, *Recht und Sitte auf der primitiven wirtschaftlichen Kultur*, 1907. — Cosentini, *La sociologie génétique* et v. bibliogr. de cet ouvrage ; — Wodon, *Sur quelques erreurs de méthode dans l'étude de l'homme primitif*. Inst. Sollvay. mém. IV ; — Guido Villa, *La Psicologia contemporanea*. c. VI ; — Preyer, *L'âme de l'enfant ;* — Baldwin, *Le développement mental chez l'enfant et dans la race ;* — Ruyssen, *Essai sur l'évolution psychologique du jugement ;*

Stammler, *Die Lehre von dem richt. Recht ;* — Saleilles, *De la déclaration de volonté ;* — Meynial, *La déclaration de volonté* dans *Revue trim. de Droit civil*. 1er an. p. 545.

§ 1. — **Caractères psychologiques des faits juridiques.** — Ceux qui réclament des lois ou sont disposés à les accepter, ceux qui les élaborent, les votent, les promulguent, les inter-

prétent, leur obéissent ou leur désobéissent, se trouvent dans un état d'esprit sans lequel ils n'agiraient pas comme ils agissent et ne se comporteraient pas à l'égard du Droit comme ils se comportent. L'ensemble du travail cérébral qui se produit à la naissance d'une œuvre de Droit théorique ou pratique est la cause la plus intime de sa production et de ses caractères. Tout fait juridique est un phénomène psychologique.

C'est un phénomène psychologique, sans contredit. De tous temps on a entouré les textes juridiques célèbres de légendes qui expriment l'état d'esprit de ceux qui les formulaient et de ceux qui les acceptaient ou les demandaient. L'interprétation de chaque réforme législative ne va pas sans l'exposé des bonnes intentions du législateur, de ses espérances et des moyens par lesquels il pense pouvoir agir sur l'esprit des particuliers. On a toujours fait de la psychologie chez les juristes.

Une assez mauvaise psychologie d'ailleurs et doublement vicieuse. Juridiquement vicieuse, parce qu'elle inventait après coup des idées ou des sentiments qui ne correspondaient pas à ceux qui avaient joué un rôle dans la confection des lois. Ainsi s'illusionnait le brave Thomas Diafoirus, poussant l'optimisme jusqu'à croire que la vieille coutume du mariage par rapt avait été inventée pour ménager la pudeur des jeunes filles des anciens temps et leur éviter une occasion de rougir en avouant que le mariage pouvait leur être agréable. Jusqu'à des époques relativement récentes, les jurisconsultes furent souvent aussi peu perspicaces dans l'explication psychologique des lois anciennes et même nouvelles. Lorsqu'ils ne se trompaient pas, lorsqu'ils reproduisaient le vrai milieu moral où était née la loi, ils le faisaient en termes de psychologie vulgaire, mal analysés et ne pouvant être d'aucune utilité scientifique. La question se pose en ce moment de savoir si une véritable psychologie, empruntée aux psychologues de profession, appuyée sur l'histoire, sur tout ce qui peut nous aider à comprendre le passé, saura nous faire connaître en quoi le Droit est un phénomène psychologique, comment il se forme et se transforme par la pensée humaine. Sans doute, nous

n'irons pas reproduire toutes les idées ou tous les sentiments de ceux qui ont pris part à la rédaction d'une loi ou à un procès ; ce serait du temps perdu ; il nous suffira de trouver les principes qui pourraient nous permettre d'indiquer ce qu'ils ont pu être approximativement.

Dans les divers actes de la vie humaine, le cerveau ne prend pas la même part, ne joue pas le même rôle. Il en est qui sont le produit de la réflexion, de la raison qui a opéré un travail de logique souvent difficile avant d'aboutir au résultat. D'autres sont précédés d'émotions plus ou moins vives, sont accomplis dans un moment de colère, de peur, de pitié, appartiennent à la vie affective ou sentimentale. Enfin, dans d'autres cas, l'homme obéit à des forces qui lui sont étrangères : parfois il lui est impossible ou presque impossible de résister, il fait malgré lui ce qu'il considère comme déraisonnable, ce qui est contraire à son tempérament. D'autres fois, la pression extérieure est beaucoup plus faible, mais il obéit quand même, peut-être parce qu'il n'a pas de raison pour ne pas obéir, peut-être aussi parce qu'il a un intérêt à le faire. Il est comme un cheval bien dressé qui se laisse conduire par la plus faible tension des guides et n'attend pas qu'on lui fasse saigner la bouche pour soumettre sa volonté aux forces extérieures.

Obéir à une force matérielle reste toujours un phénomène psychologique. Il est vrai que si cette obéissance est constante, machinale, se répète invariablement chaque fois que le mouvement est donné du dehors, cet état psychologique ne sera pas très intéressant. Ce ne sera guère autre chose que le nœud qui attache la ficelle au pantin et si nous constatons une fois pour toutes qu'il est bien noué, nous pourrons dans la suite ne plus en tenir compte et relier par un rapport direct de cause à effet les mouvements de la main et les gestes de la figure de bois. Or les hommes ont des ficelles assez bien nouées pour que certaines forces matérielles et extérieures agissent identiquement sur la grosse majorité, mais trop lâches pour que l'on puisse affirmer que tel individu en particulier devra nécessairement en subir l'influence. Les sciences qui s'occu-

pent de l'humanité prise en groupes compacts sentiront nécessairement combien elle se laisse guider par les circonstances extérieures de la vie. Ainsi l'économie politique, la statistique et peut-être la sociologie ont le droit d'employer des méthodes objectives, parce qu'elles sont des sciences de l'homme passif, de l'homme fungible, qui, étant donné une situation, agira en moyenne toujours de même. La science juridique est une science de l'homme actif, où les moyennes, leur progression, leur recul ont peu d'intérêt, où une seule personnalité originale peut être décisive dans la confection du Droit. Ce qui est une cause matérialiste pour l'historien économiste est une cause intellectuelle pour l'historien juriste. L'un voit la masse du grand troupeau humain suivre des directions uniformes, suivant que se déplacent, croissent ou décroissent les objets qui les font vivre. Il pourra étudier l'homme économique en face de l'intérêt comme le fer en face de l'aimant. Les sciences, au contraire, où l'individuel peut avoir une valeur décisive, la psychologie, l'histoire du Droit devront se rendre compte que si l'homme obéit aux choses, la force qui le fait obéir est en lui et non pas dans les choses et par suite varie suivant la constitution cérébrale de chacun.

Ainsi trois sortes de causalisme possibles pour le développement du Droit se rattachent à la psychologie. On peut concevoir en histoire du Droit :

des causes rationnelles ;
des causes sentimentales ;
des causes matérielles.

Ces trois ordres de causes ne sont pas sans se combiner dans l'élaboration juridique. L'obligation de se plier aux circonstances extérieures de la vie provoque des réflexions et des sentiments divers ; une œuvre de sentiment n'est pas forcément irréfléchie et un travail de logique toujours froid et impartial. En un seul phénomène concret, un, deux ou trois de ces éléments psychologiques peuvent concourir. Il n'en est pas moins nécessaire de faire l'analyse théorique de chacun d'entre eux.

§ 2. — **Le simple logique et le simple historique en psychologie.** — Nous voulons donc demander à la psychologie de nous apprendre ce qu'est et ce que fut l'homme de raison, l'homme de sentiment et l'homme d'intérêt. Pour le présent, sans doute, elle saura nous répondre ; le saura-t-elle pour le passé ? Depuis les périodes primitives, bien des choses se sont transformées dans la mentalité humaine ; il faut espérer toutefois que quelque chose est resté invariable, est identique chez la brute et chez l'être humain supérieur, car si tout a varié jusqu'aux formes de pensée les plus simples, il est inutile de s'acharner à la solution d'un problème dont nous n'avons pas les éléments. Nous ne pouvons comprendre les pensées d'un autre qu'en le comparant à nous, en analysant nos idées et nos impressions, en les simplifiant, en les amplifiant, en en faisant de nouvelles combinaisons. Sans la découverte de l'élément commun, pour si simple qu'il soit, tout ce travail devient impossible.

Existe-t-il un invariable psychologique ? Comment le déterminer ? On confond bien souvent le simple logique avec le simple historique, l'invariable logique avec l'invariable historique. On s'est fait souvent l'illusion qu'en dégageant de notre nature ce qu'elle a de plus rudimentaire et de plus grossier, nous aurons fait apparaître ce qui est depuis le plus de temps dans l'âme humaine ou même dans l'âme animale. Nous croyons souffrir d'un mal aux dents comme on en souffrait cent ans ou mille ans plus tôt, comme en souffrirait tout animal atteint de la même affection. Et en cela nous nous trompons peut-être. Les sensations ont dû changer comme les pensées, car les corps ont changé comme les esprits. L'histoire a modifié l'espèce humaine dans ses propriétés physiologiques comme en ses propriétés psychologiques. Il est encore une autre raison de croire que nos plus simples sensations ne sont plus celles de nos ancêtres. La pensée suivant les circonstances, les accroît ou les adoucit. Certaines douleurs physiques peuvent passer presque inaperçues ou être particulièrement cruelles, suivant que la vie sociale et sentimentale en détourne ou appesantit sur elles notre attention.

Ainsi, non pas dans le domaine immense des possibilités, mais dans le domaine restreint de l'histoire, les données de la psychologie abstraite ne sont pas aussi immuables qu'on pourrait le croire. Il est certain que des relations élémentaires, que leur simplicité logique a pu faire considérer comme nécessaires au mécanisme général de la pensée et de l'action animale et par suite éternelles, ne valent que pour un temps et un milieu très particulier. Cela est d'autant plus incontestable que presque tous les philosophes méconnaissent plus particulièrement le milieu dans lequel ils vivent et que les réalités les plus actuelles et les mieux perceptibles nous renseignent le plus facilement sur la relativité de leur doctrine. Ainsi en est-il des rapports entre le désir, la volonté et l'action. On dit souvent : « D'où que provienne le désir, le désir détermine la volonté et la volonté l'action. » Voilà qui semble logique et expliquer d'une façon satisfaisante le mécanisme psychologique. Peut-être bien que ces belles méduses phosphorescentes et translucides qui nagent dans l'aquarium de Naples ont une psychologie aussi simpliste. Peut-être peuvent-elles vouloir ce qu'elles désirent et désirer ce qu'elles veulent. Mais depuis bien longtemps, l'homme civilisé ne connaît entre désir et volonté qu'un rapport très accidentel. L'harmonie du désir et de la volonté suppose un accord du pouvoir d'action et de pensée qui est rompu depuis bien longtemps. L'homme le plus pauvre en pensée ou le plus riche en puissance ne peut plus rétablir cet équilibre qui a sans doute existé à l'origine.

Que peut-on désirer : « L'existence de Dieu, l'immortalité de l'âme, le bien-fondé d'un idéal » ou plus simplement « l'affection de certaines personnes, le succès de certaines convictions », plus égoïstement « une certaine notoriété, une vie longue et une bonne santé, un gros lot à la loterie, des bouteilles de Château Yquem à tous les repas » ? Métaphysiques ou sensuels, la réalisation de nos souhaits ne dépend pas de nos actions. Le désir ne saurait être le prélude de la volonté.

Que peut-on vouloir ? Ce que l'on peut, c'est-à-dire presque rien. Des actes dont on ignore les conséquences, indifférents

ou désagréables. Si la volonté rencontre un désir en chemin, le plus souvent elle n'en tiendra même pas compte. Dans une devanture, certains comestibles donnent envie, mais on passe même sans tentation — car la notion de tentation est déjà un archaïsme psychologique — retrouver le repas le plus simple, qui est celui que l'on veut.

Ceci n'est pas pour faire du pessimisme ; l'homme moderne a ses plaisirs. Il ne les doit ni à ses désirs, qu'il ne peut que rarement satisfaire, ni à sa volonté, qui ne peut prévoir le côté agréable ou désagréable de l'avenir. Le plaisir lui est donné « par surcroît », en récompense d'actes dont il n'a pas prévu la portée.

Mais — ce qui est caractéristique — ce divorce de la volonté et du désir n'existe pas au même degré chez tous les individus et tous les peuples. Certains événements l'accentuent, d'autres opèrent en sens inverse. Ainsi Epictète et Epicure ont chacun proposé un procédé pour réconcilier la volonté et le désir, pour apprendre à l'individu à désirer les choses possibles ou à vouloir les choses désirables, et leurs bons conseils n'ont pas été perdus pour tout le monde. Ainsi le rôle du désir ne se comprend que dans l'histoire et échappe à la psychologie systématique.

Bien d'autres notions également très simples au point de vue logique sont dans le même cas. On affirme que le sentiment seul et non la réflexion peut provoquer l'action ; c'est absolument faux pour l'homme moderne, mais peut être vrai pour des êtres très primitifs. Les rapports entre l'intelligence et l'émotion, l'intelligence et le sentiment, la volonté et le sentiment répondent suivant les temps à des formules inconciliables. L'histoire a remué en nous beaucoup plus que nous ne le croyons. Elle n'a pas développé logiquement les principes élémentaires des cerveaux primitifs ; elle les a bouleversés au hasard des circonstances.

§ 3. — **Hétérogénéité des causes psychologiques.** — On affirme que tout évolue du simple au complexe dans le monde vivant

physiologique et qu'il doit en être de même dans le monde moral. C'est fort possible. On serait étonné de voir des sauvages faire de la philosophie comme Platon, des mathématiques comme Leibnitz, ou même nous conter comme Stendhal les diverses phases de leurs passions. Ils pensent sans doute avec beaucoup plus de simplicité. Mais cette simplicité pouvons-nous la retrouver en nous-même en nous décomposant? est-ce une simplicité logique? Mais nous venons de voir qu'on présente comme des vérités très simples des affirmations qui sont contraires à notre propre psychologie. Nous ignorons ce qui est simple en nous-mêmes et prétendons connaître ce qui est simple en un être avec qui nous n'avons plus que de très vagues rapports. La pensée d'un sauvage est assurément quelque chose de très simple objectivement mais peut-être pour nous est-elle quelque chose de très bizarre et de très compliqué?

Admettons que nous connaissons l'ancêtre simpliste et sa psychologie : si nous lui ajoutons dose à dose les qualités plus complexes qui le rapprochent de l'homme moderne, nous aurons tracé un tableau de son perfectionnement, logiquement très acceptable par un procédé purement déductif et sans avoir besoin de consulter le moindre livre d'histoire. L'homme primitif est essentiellement égoïste, car il est beaucoup plus simple de songer à soi-même qu'à autrui. Il s'intéresse peu à peu à son parent, à son voisin, à sa femme, à son bœuf pour les avantages qu'il en retire, puis pour le plaisir de se sentir avec eux... et nous arrivons par transitions insensibles à l'altruisme le plus élevé. Voilà un modèle de ces « évolutions » faciles et séduisantes qui ont menacé quelque temps de devenir la méthode de l'histoire psychologique. En réalité nous avons appliqué à l'humanité nos procédés d'éducation personnelle. Autant vaudrait affirmer que les hommes ont inventé en premier lieu l'article défini et décliné *rosa* avant *dominus*, car il nous paraît très simple qu'il en soit ainsi. La loi de transition du simple au complexe, si elle s'applique au développement mental, ne peut nous servir à rien, car ce

qui est simple pour nous, ne l'est peut-être pas historiquement et il nous est impossible d'apprécier la complexité réelle des pensées.

Il est d'ailleurs une raison qui ne nous permet pas de croire que les éléments psychologiques aient évolué par eux-mêmes du simple au complexe par un progrès lent et régulier. Les idées et les sentiments, pour un spiritualiste aussi bien que pour un matérialiste, sont des choses abstraites qui dépendent du cerveau. Le semblable en psychologie n'engendre pas nécessairement le semblable. Pas plus que la lumière de la lampe que j'allume ce soir n'est fille de la lumière qui m'éclairait hier, un sentiment de colère, d'affection, de pitié qui traverse une âme, un travail de logique qu'opère un esprit n'est généalogiquement parent des phénomènes de même nature qui se sont produits antérieurement. Seuls des cerveaux par travail et hérédité peuvent grandir et s'affiner ; et ces cerveaux comme des lampes suivant leur construction donneront des clartés diverses et je ne puis appeler cause morale de ces clartés que ce qui a contribué à faire un cerveau tel qu'il est.

Ceux qui parlent d'évolution littéraire, artistique, morale, juridique n'ont pas absolument tort, à condition de préciser que cette juxtaposition des semblables dans le cours du temps n'implique aucunement une influence uniforme et continuelle de ce qui précède sur ce qui suit, et qu'il peut ne pas y avoir de relation causale appréciable entre deux instants d'un même art ou d'une même institution.

A plus forte raison un rapprochement dans l'histoire de phénomènes psychologiques n'ayant pas la même nature, mais ayant le même objet est absolument regrettable, si on n'a pas soin d'en exclure toute idée de causalité. Il est permis, il est même très intéressant de décrire les divers sentiments que tour à tour les hommes ont eu pour leurs dieux, leur religion, que les maris ont eu pour leurs femmes. Mais affirmer que le sentiment religieux dérive de la peur, parce que devant leurs fétiches, le sauvage éprouve cette émotion ; que l'amour conju-

gal dérive du désir sexuel parce que les unions primitives étaient peut-être uniquement brutales et d'une sensualité égoïste est une violation flagrante de tout principe de causalité et de logique historique. Tel objet qui suscitait la peur a pu susciter plus tard des émotions très différentes par leurs caractères et leur origine et faire dériver ces dernières de la première est une erreur à peu près comparable à rattacher par un lien généalogique tous ceux qui ont habité la même maison.

§ 4. — **Embryologie psychologique.** — Pour faire de la psychologie historique, il nous faut découvrir le simple, l'invariable, ce qui n'a pas changé dans le cerveau humain au contact de la civilisation. La simplification rationnelle de l'homme moderne ne pouvant que nous induire en erreur, seule l'observation des êtres simples pourra donner une base à notre étude. Quatre espèces d'êtres simples peuvent reproduire plus ou moins les éléments originaires de la psychologie : les primitifs, les sauvages, les enfants, les animaux.

Les primitifs, nos ancêtres des époques pré-historiques de la pierre taillée, de la pierre polie, du bronze nous fourniraient un point de départ certain si nous pouvions arriver à les connaître. Par malheur nous ne le pouvons pas. Sans doute la palethnographie donne des renseignements précieux sur leur genre de vie, leurs industries et indirectement sur quelques traits de leur caractère. Ils vivaient en groupes peu importants, se battaient, aimaient la parure. Mais de là à comprendre quel était le mécanisme de leurs pensées et de leurs émotions, il y a loin. Toutefois les indications de cette science ne sont pas négligeables ; elles peuvent fournir de précieux moyens de contrôle.

Les sauvages sont peut-être très ressemblants aux ancêtres des races supérieurs. Ce sont d'après une théorie fort admissible des gens en retard, qui parcourent la même route mais avec une certaine lenteur. Ce ne sont donc plus à proprement parler des primitifs. Ils ont une histoire politique et économique rudimentaire mais qui n'en existe pas moins. En admet-

tant que certains d'entre eux n'aient subi que des variations presque insignifiantes, le fait d'être resté dans un état d'infériorité pendant une période beaucoup plus considérable que les autres suffit pour que leur psychologie ne soit pas la même. De plus, tout le monde n'a pas un sauvage à sa disposition ; le travail ethnologique effectué est sans doute immense ; il est riche en renseignements sur les mœurs, les institutions, les religions, l'esthétique du sauvage. Au point de vue psychologique, on peut beaucoup moins en retirer ; les conclusions en sont moins sûres et difficilement contrôlables.

L'enfant est un primitif, un organisme qui ne prend que peu à peu contact avec le milieu social et matériel. C'est un cerveau vide d'expérience à son origine, et qu'un certain nombre d'années relativement peu considérable transformera en homme social et en homme moderne. Il passe de la psychologie simpliste à la psychologie complexe avec le degré de vitesse qui peut se prêter le mieux à nos observations. Sans doute, connaître la méthode instinctive d'un être avant que l'éducation ne l'ait ramené aux formes de penser générales et sociales est une chose précieuse. Mais les enfants ne sont ni des primitifs, ni des sauvages, mais des descendants de civilisés. Avant l'éducation, lorsqu'ils ne sont encore que les produits de combinaisons héréditaires extraordinairement variées, leurs prédispositions logiques et sentimentales sont remarquablement complexes, bizarres, singulières, peu uniformes. Quand des savants comme Darwin, ou Preyer qui ont eu dans leur vie autre chose à faire qu'à soigner des enfants affirment que la peur, la colère ou l'affection se manifestent tant de mois ou de jours après la naissance, on ne peut que sourire de pareilles observations.

L'étude de la pensée des animaux, la psychologie zoologique est la plus précieuse des quatre sciences que nous examinons pour fixer les bases de l'histoire intellectuelle humaine. Ce n'est pas que l'animal soit plus semblable de caractère à l'homme primitif que l'enfant et le sauvage. S'il s'agissait de faire un portrait des vertus et des vices de notre ancêtre, de

deviner ses façons d'agir et sa manière de vivre, l'observation des bêtes ne nous servirait pas à grand chose, car nous ne saurions pas à quel type il convient de le comparer. Au singe peut-être à cause de la ressemblance de conformation ? Mais c'est un animal relativement très inférieur au point de vue psychologique et d'ailleurs des espèces très voisines comme conformation ont des mœurs très différentes. Il serait arbitraire d'affirmer que l'homme primitif a vécu comme un singe à un moment quelconque de son histoire. D'ailleurs nous désirons tout autre chose qu'une description intellectuelle et sentimentale d'un être que nous n'avons aucun moyen de connaître d'une façon précise, mais des éléments de psychologie abstraite, une définition du désir, du sentiment, de la représentation qui soit bonne pour tout le cours de l'histoire humaine. Et en ce qui concerne la psychologie sociale, les diverses causes qui provoquent l'esprit social chez les animaux et les divers effets de la vie en commun. La zoologie comparée est à ce point de vue incomparablement mieux documentée que les sciences précédentes ; ce qui ne signifie point que l'on puisse négliger entièrement celles-ci.

§ 5. — **Caractères de la psychologie juridique.** — Le Droit est un produit psychologique. Si nous renonçons à l'étudier par la psychologie, nous renonçons à en connaître la vraie nature pour nous contenter d'en observer les diverses manifestations. C'est pourtant ce qui resterait à faire si la première tâche était impossible. A quoi bon chercher à expliquer ce que l'on ne peut pas expliquer.

Il pourrait être impossible de trouver l'explication psychologique des formations juridiques pour deux causes : D'une part, si nous n'avions aucun criterium pour distinguer le variable de l'invariable dans la mécanique cérébrale humaine, mais nous sommes rassurés à cet égard ; d'autre part, si le Droit, représentait des phénomènes tellement accidentels et peu stables, qu'il fut impossible d'en faire la moindre description.

La complexité psychologique du Droit est en effet extraordinaire.

Il est dans sa confection et son application tantôt collectif tantôt individuel. Il est le produit d'un courant d'opinion ou d'une adhésion de la foule, qui peut être spontané ou provoqué par un ou plusieurs individus. La constitution d'un peuple ne suffit pas pour faire connaître les vrais rapports du Droit avec la psychologie collective. L'historique complet de la confection de chaque loi est encore nécessaire ou du moins serait nécessaire pour qui voudrait connaître la nature psychologique de chaque loi.

Ce n'est là d'ailleurs qu'une difficulté très accessoire. La pensée et le sentiment revêtus de l'autorité législative, admis dans le domaine juridique, incorporés dans un texte ne vivent plus de la même existence intellectuelle, et chaque instant de la vie juridique peut le placer dans un rapport très variable avec le phénomène originaire. Ainsi le sentiment de la pitié est et fut toujours une source incessante de modifications des usages et des lois. Il faut au début de l'évolution, que les masses ou les personnes se sentent réellement émues pour qu'elles renoncent au Droit acquis en leur faveur ou à l'application des peines édictées. Cette émotion doit être d'autant plus forte que le Droit est mieux établi. Une première dérogation à la règle stricte par l'effet de la pitié, permet une seconde dérogation avec un moindre effort sentimental. Le phénomène psychologique nécessaire pour produire un même effet juridique décroît toujours d'intensité, finit par se réduire à zéro. Une violente compassion empêchait parfois les guerriers primitifs de mettre à mort les vaincus ; les créanciers impayés de déchirer le débiteur insolvable. Mais la grâce une première fois accordée devait tendre à devenir plus générale : et peu à peu les proportions furent renversées. Seuls les cœurs très durs, incapables de toute émotion prétendaient user de leurs droits dans toute leur rigueur. Un pas de plus et la mesure de faveur s'impose à tout le monde sans que le phénomène psychologique de la pitié ait à se produire.

Par suite les termes psychologiques employés dans le Droit, ont un sens quelquefois conforme à leur sens originaire, bien souvent un sens tout à fait artificiel et nécessaire à leur fonction nouvelle.

Ainsi la notion de « volonté ». On dira que la loi est la volonté de la nation. Psychologiquement une nation n'a pas de volonté, parce qu'elle est une abstraction. De plus, la majorité des citoyens, même si nous les supposons favorables à la loi, n'ont pas fait un acte de volonté à cet égard. Ils peuvent désirer la loi ; ils ne peuvent pas la vouloir puisqu'elle ne dépend pas de chacun d'eux mais d'un résultat d'ensemble. Dire que nous sommes soumis à des textes qui datent d'un siècle et plus en vertu de la volonté des citoyens vivants est une vérité juridique, une absurdité psychologique.

Les successions *ab intestat* reposent dans un grand nombre de législations sur la « volonté présumée » du défunt. En réalité ce n'est pas une volonté que l'on présume, car le défunt pouvait être incapable d'en avoir une, s'il était fou notamment. S'il était raisonnable, peut-être n'a-t-il pas pensé à sa succession ; peut-être y a-t-il pensé, a-t-il ouvert son code et trouvé que le législateur avait bien fait ce qu'il avait fait et qu'il lui était inutile de faire un testament. Dans l'un ou l'autre cas, rien ne ressemble à un acte de volonté dans le sens psychologique du mot.

Dans la formation des contrats, la « volonté » des parties, peut se rapprocher davantage de la conception philosophique. Toutefois celle-ci est loin d'être une condition du contrat. On pourrait exprimer oralement ou verbalement qu'on achète un objet auquel on ne tient nullement parce qu'on y est forcé par des questions de convenance, sans que la vente en soit le moins du monde viciée.

Ainsi le Droit explique par la volonté des actes, qui ont été voulus, qui ont pu être voulus, qui n'ont pas été voulus, qui ne peuvent pas avoir été voulus. Et il n'a pas tort de le faire car cette notion de volonté est juridiquement la même par les notions de liberté, d'autorité, de responsabilité qu'elle contient.

Mais on ne saurait la transporter en philosophie sans lui faire subir en chaque cas une analyse pour savoir à quoi elle correspond réellement.

Ainsi toutes les notions intellectuelles et sentimentales sont susceptibles de se présenter en législation sous leur forme réelle ou sous une forme toute artificielle et ne pas savoir le distinguer est fort dangereux pour un philosophe du Droit.

Cette fluctuation de la nature psychologique des institutions fait obstacle à ce que l'on puisse conclure du Droit au moral d'un peuple et d'une époque. Des législations cruelles ne supposent pas nécessairement la cruauté et des législations humaines de la douceur et de la bienveillance. Un peuple de logiciens peut avoir un droit incohérent; d'autres moins profonds et pires analystes, des lois méthodiquement ordonnées.

On ne saurait conclure du complexe qu'est le Droit au simple qu'est la psychologie. Il n'en est que plus important, plus indispensable de recourir à la science des pensées pour étudier ce monde de réalités et d'apparences que constitue la pensée juridique.

LITTÉRATURE SUR LES ÉLÉMENTS PSYCHOLOGIQUES DU DROIT

KOHLER. *Lehrbuch.* S. 231. « Im Rechtsleben können logische und unlogische Elemente wirken ; auch unlogische, denn dass Recht ist nicht etwas bloss Gedachtes, sondern ein realsoziologisches im Völkerleben wirkendes Element. Darum können Dinge auf das Recht Einfluss üben, welche ausserhalb des menschlichen Denkens liegen und durch unsere Ideen und Zwecke nicht bestimmt werden; denn was im Rechte lebt, sind nicht nur unsere Gedanken : in ihm lebt die Tat und Zwar die Tat im weitesten Sinne, in ihm wirkt Natur und Menschenwelt zusammen, und beides webt zu einem grossen Ganzen. »

BROCHER DE LA FLÉCHÈRE. *La Réformation et la science juri-*

dique, p. 3. « Comme il s'agit de concilier les exigences des uns avec celles des autres, la connaissance des besoins de l'homme est le point de départ de la science juridique. On l'acquiert par l'observation, l'histoire, en faisant une large part à l'actualité. Mais l'histoire ne donne que des effets : nous n'arriverons à comprendre ce qu'éprouvent les autres qu'en cherchant ce que nous devrions éprouver pour agir comme ils le font. Il faut donc remonter jusqu'aux événements qui s'accomplissent dans le laboratoire intime de la conscience et de la subconscience, étudier en un mot la psychologie. Cicéron l'avait compris et dit : « C'est la nature de l'homme qui fait comprendre celle du droit. » Il ajoute ailleurs : « Ce n'est pas dans les textes de la loi que se trouvent les vraies sources du droit, mais dans les profondeurs de la philosophie. »

Paul Seippel. *Les deux Frances.* p. 23. « La vie de la race dont les âges se comptent par générations humaines est continue. A chaque instant on retrouve en elle tout son passé. Un fonds psychologique, à demi inconscient, se maintient semblable à lui-même à travers toutes les révolutions, et fait que ces révolutions s'enchaînent même lorsqu'elles paraissent s'opposer directement les unes aux autres. »

P. 24. « Il nous a paru que l'histoire du développement psychologique de la nation française pouvait seule jeter quelques lumières sur les obscurités de la situation actuelle. »

Dr Letourneau. *L'évolution de la Propriété.* « Je me suis inspiré d'une méthode féconde, la seule qui puisse éclairer les origines sociologiques ; j'entends parler de la méthode ethnographique consistant à tenir les races inférieures de l'humanité actuelle comme les vivants représentants de nos primitifs ancêtres. Je n'ai point à justifier cette manière de procéder ; elle est la base même de la sociologie évolutive. »

Wodon. *Sur quelques erreurs de méthode dans l'étude de l'homme primitif.* p. 16. « Cette erreur consiste à isoler dans chaque groupe quelques qualités, d'ailleurs différentes l'une de l'autre et de s'imaginer qu'en reconstituant ensuite à l'aide de ces qualités, groupées synthétiquement, un type artificiel, on a le droit de considérer ce type comme répondant à la réalité pré-historique. »

Id. p. 18. « ... il ne m'est pas possible de ne point trouver bizarre l'idée de considérer la fréquence de l'adoption comme une preuve de la faiblesse des liens naturels entre parents et enfants. On n'ignore pas que l'adoption est parfois en relation étroite avec le culte des ancêtres et qu'elle suppose alors un sentiment familial particulièrement fort. L'adoption a-t-elle partout ce caractère?

C'est ce qu'il faudrait rechercher. Mais il suffit qu'elle l'ait quelquefois pour que l'on n'ait pas le droit d'attribuer à cette institution la portée que Bücher lui donne et qui *a priori* paraît bien extraordinaire. On imagine difficilement l'adoption, c'est-à-dire l'imitation artificielle de la filiation sans la reconnaissance préalable de l'importance des rapports qui naissent de la famille naturelle. »

Ruyssen. *Essai sur l'évolution psychologique du jugement.* p. 67. « Nous ignorons en fait, s'il y a une série animale et nous n'avons aucune donnée certaine sur les antécédents biologiques de notre race. Nous observons, entre les espèces, bien moins une séquence qu'un parallélisme. En revanche, le développement de l'individu, de la période embryonnaire à l'âge adulte est une histoire progressive dans laquelle nous pouvons distinguer des chapitres ; et c'est ce devenir que nous pouvons retracer en nous aidant d'ailleurs des données fournies par la psychologie comparée. »

Brocher de la Fléchère. *Philosophie de l'histoire du Droit à Genève.* p. 25. « La souveraineté du peuple, seule base solide de l'ordre social, a ses limites et ses conditions. Elle signifie proprement qu'aucun individu n'est souverain, que les pouvoirs publics sont des mandats quelquefois tacites qui peuvent toujours être retirés..... Mais le peuple ne peut pas exercer la souveraineté parce qu'il ne peut avoir qu'une volonté fictive. »

Stammler. *Die Lehre von dem richt. Recht.* p. 125. « Auch für die Gnade besteht die Aufgabe einer richtigen Anwendung.

» Das darf durch Kuriosa der sozialen Geschichte sich nicht trüben lassen. Die Zuschauer der römischen Zirkusspiele mochten nach launischer Eingebung bestimmen, dass der überwundene Gladiator am Leben bliebe; — der Frohnbote des Mittelalters konnte dem zehnten Manne von allen zum Tode Verurteilten beliebig die Lösung des Halses gestatten : Aber ein Recht der Gnade, das einer ernsten Erwägung würdig wäre, liegt in solche Abirrungen nicht. »

CHAPITRE VII

Le Droit et la vie affective.

BIBLIOGRAPHIE. — Wundt, *Eléments de psychologie physiologique* ; — Herbert Spencer, *Principes de psychologie* ; — Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience* ; — J. Sully, *The Human Mind* ; — Ribot, *Psychologie des sentiments. La mémoire affective. Revue philos.* 1894 II. 376 : 1907. LXIV. 588. *La logique des sentiments.* — Dumont, *Théorie scientifique de la sensibilité* ; — Rauh, *De la méthode dans la psychologie des sentiments* ;

Féré, *Pathologie des émotions* ; — Grasset, *Introd. Physiol. à l'étude de la Philosophie.* C. XI. *L'émotion et la mimique* ; — Mosso, *La peur* ; — Dumas, *La tristesse et la joie* ; — Mairet, *La jalousie. Etude psych. phys. et clinique.*

Lange, *Les émotions* ; — Will. James, *La théorie de l'émotion* ; Sergi, *Les émotions.* — Bain. *Les émotions et la volonté* ; — Paulhan, *Les phénomènes affectifs et les lois de leur apparition* ; — Ziehen, *Leitfaden der physiologischen Psychologie* ; — Jodl, *Lehrbuch der Psychologie* ; — Sollier, *Le mécanisme des émotions* ;

Fouillée, *La psychologie des idées forces* ; — Poletti, *Del sentimento come movente dell'umana azione* ; — Ree, *Entstehung des Gewissens* ; — Westermarck, *The origin and development of the moral ideas* ; — Kuhlenbeck, *Zur Psychologie des Rechtsgefühls im Archiv f. Rechts- und Wirt.-Philosophie.* I. 1. ; — Rumelin, *Reden und Aufsätze*, 1875 ; — Berolzheimer, *System der Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie*, L. I.

§ 1. — **Analyse des phénomènes affectifs.** — La vie humaine est faite d'une suite ininterrompue de plaisirs et de douleurs qui surviennent à tous propos, nous associent intimément aux phénomènes du monde extérieur. Ils accompagnent nos gestes,

nos perceptions, mais plus encore chez les hommes civilisés les divers actes de la vie intellectuelle et sociale.

On oppose la douleur morale à la douleur physique. En réalité toute douleur est physique. Le système nerveux seul peut souffrir. Aucune pensée n'est elle-même agréable ou douloureuse ; elle ne crée peut-être même pas directement dans le cerveau des états agréables ou pénibles. Mais, il est des pensées qui désorganisent le corps, l'intoxiquent peut-être, étreignent violemment le cœur et l'estomac, contractent les muscles et font par suite souffrir. D'autres ont un effet bienfaisant, mettent l'organisme dans un état heureux, causent ainsi du plaisir. Ainsi les plaisirs et les douleurs sont toujours physiques, mais les uns nous sont procurés par le contact avec des corps extérieurs, les autres par des pensées et peuvent alors être appelés des émotions.

L'émotion est la participation du corps à la pensée. A vrai dire, presque toute pensée nous apporte une joie ou un ennui ; le plus souvent, c'est très peu de chose et nous n'y prenons pas garde, mais d'autres idées sont plus agissantes et peuvent bouleverser notre organisme. Notre corps a une puissance de douleur et de joie qui nous est inconnue et que nous ne connaîtrons jamais complètement. Nous mourrons sans avoir subi tous les supplices ; nous ne serons pas à la fois empalés, écorchés, enterrés, brûlés vivants ; et ces abominables sensations sont même épargnées au plus grand nombre. De même nous ne connaîtrons pas toutes les émotions dont nous sommes capables ; il en est qui toutes seules peuvent tuer leur homme d'un seul coup. La variété des tortures et des agréments que la pensée peut faire subir au corps est pratiquement infinie. Les émotions sont des faits qui ne se produisent jamais exactement dans les mêmes conditions et ne sont par suite jamais exactement semblables. Pourtant, il n'est pas arbitraire d'en dégager certains types qui chez le même individu ou chez la plupart des hommes se ressemblent par leur côté intellectuel et leurs caractères physiques. Ainsi la peur produit chez tous ceux qui se croient en danger des

impressions morales analogues ; les phénomènes physiologiques qui l'accompagnent sont approximativement toujours les mêmes.

Il est de ces impressions que ressentent des êtres très inférieurs. Il semble que la vie animale ne pourrait se conserver et se développer si les individus n'éprouvaient à la vue du danger un sentiment pénible qui les avertit, et si un sentiment de plaisir n'accompagnait les actes de reproduction. Ces émotions peuvent sans arbitraire être appelées inférieures. Il en est d'autres que seuls peuvent connaître les hommes, les hommes civilisés, quelques-uns de ces hommes civilisés, un très petit nombre d'entre eux. Enfin, il est des génies, qui sont uniquement des génies, pour avoir éprouvé une ou plusieurs fois dans leur vie une émotion que d'autres ne connaissaient pas et l'avoir fait partager plus ou moins à d'autres hommes. L'affection et la pitié envers autrui, la religion, l'art et la pensée peuvent procurer à quelques privilégiés des plaisirs et des douleurs de choix par leur nature et leur intensité.

Il est donc licite d'établir une hiérarchie des émotions selon le degré de complexité de ceux qui sont capables de les éprouver. Mais les émotions sont des faits qui sont étrangers les uns aux autres, qu'ils se ressemblent ou ne se ressemblent pas. Tout autant que les charrettes ou les voitures qui circulent dans la rue, les plaisirs et les douleurs qui circulent en nous sont indépendants les uns des autres et ne peuvent être unis concrètement ou abstraitement par un rapport de filiation. Dire, par exemple, que l'émotion religieuse vient de la peur est un non-sens. Le phénomène de crainte qu'éprouvait l'homme primitif devant ses dieux avait ses causes dans son organisme propre et les circonstances extérieures dans lesquelles il se trouvait ; les phénomènes d'impression religieuse de l'homme moderne ont leur cause dans sa constitution propre et sa situation particulière.

Tout homme se trouve dans un certain état émotionnel, c'est-à-dire qu'il est plus ou moins disposé à recevoir tel ou tel genre d'émotion. L'un est plus porté à recevoir l'impression

de la peur, l'autre de la colère, celui-ci éprouve plus facilement le plaisir de l'activité, l'autre y trouve de la douleur. Tel est le caractère. Le caractère est la prédisposition à l'égard des diverses émotions. Le caractère est un état vraisemblablement physiologique ou si l'on veut un état moral correspondant à un état physiologique. C'est un état complètement inconscient ; il ne se révèle que par ses manifestations, ce qui est assez pour affirmer son existence, mais très insuffisant pour en faire une description un peu complète. S'il éclatait une bombe à mes côtés, si je voyais tomber quelqu'un à l'eau, j'éprouverais une émotion ; mais laquelle ? Comme elle n'est pas la même pour tous les hommes à tous les moments, elle dépend évidemment d'une qualité permanente de mon être que je ne connais pas et d'un état actuel que je ne connais pas davantage. Aucun de ces accidents ne se produisant en ce moment, ces états restent neutres et ne se révèlent pas à la conscience.

Le caractère est une prédisposition générale à telle ou telle émotion ; le sentiment est une prédisposition particulière à éprouver des émotions pour tout ce qui se rapporte à un objet concret déterminé. On a de l'amour, de l'affection, de l'attachement pour une personne ou une chose, lorsque toutes ou quelques-unes des pensées qui les concernent sont émotives. Un sentiment est une occasion d'émotion, un nid à émotions dont quelques-unes ne sortiront pas. Le sentiment apporte du chagrin si l'on se quitte, de la joie si l'on se retrouve, de la jalousie, des craintes selon les circonstances. Les événements déterminent ce qui se fera connaître du contenu sentimental aux divers instants de notre vie. Ceux qui n'ont pas d'histoire n'ont pas d'émotions ; tel qui a des sentiments très profonds, n'aura guère d'émotion sentimentale, parce qu'il n'a aucune occasion d'en avoir ; tel autre, au contraire, beaucoup plus froid de tempérament, si sa vie est très dramatique, aura des émotions sentimentales beaucoup plus violentes. Les sentiments ne sont donc pas des émotions complexes, comme on le dit trop souvent, mais des états émotionnels. Les animaux

ont des sentiments comme les hommes. Un chien s'attache à son maître, il est diversement impressionné de ses coups, de ses caresses, de son départ, de son retour. De simples impressions, telle que l'impression esthétique, sont au sommet de la hiérarchie affective. Elle correspond à un sentiment esthétique, prédisposition à être ému par une œuvre d'art que l'on ne verra peut-être jamais, une musique que l'on n'entendra peut-être jamais. Le sentiment est souvent — toujours pourrait-on dire — inconnu de celui qui l'éprouve. Qu'il s'agisse d'amour ou d'amitié, on ne pense pas toujours à ceux que l'on aime. Il est des sentiments que l'on ignore complètement, parce qu'ils n'ont jamais donné lieu à la moindre émotion. Des personnes que je connais de très loin et auxquelles je ne pense jamais, il en est vraisemblablement dont la mort me causerait un certain chagrin, tandis que la mort d'une autre me serait moins pénible. Sans doute, les occasions d'émotion sont d'autant plus fréquentes que le sentiment est plus fort. On ne reste pas longtemps sans penser à ceux que l'on aime beaucoup ; on se rappelle par le souvenir les émotions passées ; on pense aux événements qui dans l'avenir pourront être créateurs d'émotions ; on espère ou on redoute des événements qui pourront nous en apporter ; on imagine les émotions que l'on ressentirait dans telles ou telles circonstances. Mais ces petites impressions, qui donnent aux grandes passions un fond plus ou moins uniforme, ne sont pas le sentiment et les événements pourraient brusquement écarter ces rêveries et leur substituer des émotions sur l'intensité desquelles nous ne sommes fixés que très approximativement.

Le sentiment se définit par les événements qui seraient susceptibles de susciter en nous une émotion. Lorsqu'on veut donner ou se donner à soi-même l'idée d'un sentiment, on n'a d'autres ressources que d'imaginer un certain nombre d'événements et de supposer quelles seraient les émotions qui y correspondraient ou de se souvenir des joies et des douleurs passées. On se trompe le plus souvent, car un événement imaginé n'est pas un événement réel, et l'impression passée peut

ne pas coïncider avec l'impression future. Mais il n'y a pas d'autre procédé. La méthode pour l'étude des sentiments est la casuistique. C'est pourquoi les littérateurs et les théologiens ont mieux réussi que les psychologues dans l'étude des affections.

L'observation nous révèle donc des faits affectifs : les émotions ; des états affectifs : les caractères et les sentiments, enfin des forces affectives, phénomènes psychologiques accessoires qui agissent sur nos pensées et les rendent plus ou moins douloureuses ou agréables.

Le désir ou l'aversion en est sans doute le type le plus constant parmi les animaux. C'est la représentation du plaisir ou de la douleur que certains objets sont susceptibles de nous procurer. Le désir est par lui-même émotionnel, même lorsque nous savons que nous n'aurons pas ce que nous désirons. Aussi sa fonction dans la vie des êtres supérieurs n'a plus guère de rapport avec sa fonction primitive. Il est vraisemblable qu'il est le vrai protecteur des espèces inférieures, qu'il les guide dans le choix des substances qu'ils doivent s'approprier, tandis que l'aversion les prévient du danger qui s'approche. Ces animaux désirent peu de choses, des choses qui normalement sont à leur portée ; leur mémoire rudimentaire ne leur permet pas de s'assimiler beaucoup de souvenirs agréables. L'esprit humain est dans une toute autre situation par le seul fait du développement de sa force cérébrale. Il trouve dans tous les domaines des choses attirantes et des choses répulsives. Les plaisirs immédiats qu'il peut se procurer sont hors de proportion avec l'immense réservoir de désirs irréalisables qui lui viennent de ses propres souvenirs, de souvenirs héréditaires et surtout de son imagination. Mais il lui est permis de parcourir sa grande collection de bonheurs irréalisables et d'y trouver des émotions immédiates de pure rêverie, ou même des idéals qu'il ne peut pas songer à réaliser, mais qui peuvent modifier la tendance générale de son action.

La volonté, chez les êtres inférieurs, est au service du désir

pour l'obtention du plaisir. Mais nous avons vu que la volonté s'est émancipée, qu'elle est devenue une force émotive indépendante. Lorsque l'homme s'est vu dans l'impossibilité d'exécuter ses désirs, il ne lui restait que deux ressources naturelles : se lamenter sur son impuissance ou rompre complètement avec la vie affective. Il a pourtant découvert une troisième solution, artificielle, mais féconde, borner ses émotions, les concentrer sur les choses possibles au moyen de la sagesse, c'est-à-dire de la volonté. Il faut sans doute parfois un effort colossal pour se donner des émotions parce qu'on doit les avoir, et les réprimer parce qu'elles sont déraisonnables. Platon, Epictète, un grand nombre de philosophes et fondateurs de religion ont demandé à la nature humaine un véritable tour de force qui a été merveilleusement réussi par un assez grand nombre d'êtres humains. Tout le monde n'est pas arrivé à prendre un tel empire sur soi-même, mais à cet égard, la psychologie du civilisé moderne est très différente de celle du sauvage. Ce pouvoir de la volonté comme force émotive relie notre vie affective à la morale et aux institutions.

La force de l'émotion dépend encore de la netteté avec laquelle nous nous représentons la pensée douloureuse ou agréable. Nous n'avons guère besoin de cette force, lorsqu'il s'agit de quelqu'un que nous aimons. La représentation vague du malheur qui peut le frapper suffit. S'il s'agit d'un indifférent, la simple nouvelle de sa mort ne causera qu'une émotion faible, une émotion plus forte si on rapporte les circonstances qui l'ont entouré, et si nous l'avions vu mourir sous nos yeux, nul doute que nous en serions plus profondément affectés.

Il n'est pas nécessaire pour être agréable ou douloureuse que la pensée représente des faits et des êtres existants et auxquels nous attribuons l'existence. Un récit purement imaginaire peut impressionner très fortement. Pourtant toutes choses demeurant égales, l'émotion croîtra avec le degré de réalité que nous lui attribuerons. Selon le degré de vraisem-

blance d'une œuvre littéraire, selon le degré de possibilité d'un événement redouté ou désirable, sa force morale sera plus ou moins violente.

La contagion collective est une force émotrice dont le rôle historique est considérable.

Enfin les émotions deviennent encore très fortes, lorsque les organes sous une excitation matérielle font la moitié du chemin à la rencontre des pensées. Des causes purement physiques : musique, opium, alcool donnent un caractère émotif à des idées qui par elle-même seraient dénuées de tout intérêt.

Telles sont les principales forces émotionnelles qui agissent chez l'homme moderne.

§ 2. — **Emotion et sentiment rudimentaires.** — Une description de la vie affective, telle qu'elle a été faite dans le précédent paragraphe, est une œuvre d'observation, d'observation banale que tout le monde est à même de vérifier en prenant au hasard dans sa propre vie ou dans le roman le moins subtil. Elle repose sur des faits, des faits certains, dont ne résulte directement aucune explication, aucune solution philosophique, ni historique.

Il faut donc s'adresser aux psychologues. puisqu'ils font métier d'observer ce qui se passe, de le systématiser, d'en dégager les éléments simples et concrets, de contrôler leurs conclusions par les anomalies pathologiques et les phénomènes hypnotiques. Ils ont encore l'aide de la physiologie qui n'est pas à dédaigner, puisqu'il est certain que d'une façon ou d'une autre la vie émotive est en partie physiologique.

A vrai dire, même ainsi outillés les psychologues sont loin de donner réponse à tout ce qu'on voudrait savoir. On est obligé d'ajouter un peu du sien quand cela devient indispensable. Ainsi la distinction entre l'émotion et le sentiment, un fait et un état, est loin d'être clairement exposée partout, puisque je ne l'ai guère trouvée nulle part. Dans d'autres cas,

il faut renoncer à donner une explication quelconque des faits que l'on voudrait le mieux comprendre. Mais nous n'avons pas besoin d'une théorie complète de la vie affective. Nous recherchons principalement si la vie juridique comporte certaines émotions et quelle en est l'action sur la marche du Droit. Evidemment cette recherche ne saurait être entreprise sans une connaissance superficielle du mécanisme de la vie affective sous la forme rudimentaire qu'elle peut présenter chez les animaux les plus simples et sous la forme complexe de la psychologie humaine moderne.

En quoi peuvent-elles différer l'une de l'autre ?

Toute émotion est un fait, un mouvement du cerveau qui se transmet aux organes, y produit certains phénomènes qui réagissent sur les centres nerveux sous forme de plaisir ou de douleur. Ce plaisir ou cette douleur engage l'animal à persévérer dans son état ou à le modifier. C'est un acte assez complexe.

Au premier degré de la vie animale, l'être ne s'enfuit que lorsqu'il a reçu un premier dommage matériel, lorsqu'il a pris contact avec la chose nuisible. Lorsqu'il est capable de mémoire même rudimentaire, la seule vue de l'ennemi cause l'émotion et détermine la fuite. Pour cet être, l'émotion n'a d'autre raison d'être que de déterminer une action, et seule l'émotion est en état de le sauver dans certains cas. Cet être hypothétique a d'autres représentations des objets, dont il peut se souvenir et qui ne lui rappelle ni plaisir ni douleur. Mais à mesure qu'il se développera, les souvenirs neutres auront une tendance à diminuer au profit des souvenirs émotifs. Il connaîtra la peur non seulement par la présence de l'ennemi, mais par certains indices qui révèlent cette présence. Il arrivera à prévoir le plaisir ou la douleur d'assez loin par une série de phénomènes n'ayant pas avec la réalisation un rapport direct. Il se développera par l'émotion et presque toutes ses perceptions seront émotives ; mais elles le seront peut-être d'autant plus que l'objet nuisible ou avantageux est plus immédiatement perçu. Ainsi s'établit dans

l'émotion une sorte de jugement sur le degré d'imminence du danger ou du bonheur.

L'animal primitif n'a qu'une tactique très simple pour le danger ou le plaisir, s'enfuir ou accourir s'emparer de la proie. Elle est loin d'être la meilleure pour tous les cas. Le poisson qui mord à la ligne a cru se procurer une joie. S'il échappe, il sera plus prudent une autre fois. Le premier mouvement, produit de l'émotion, n'est plus le bon. La réflexion consciente viendra peu à peu supprimer la dernière phase du phénomène émotif et le remplacer par un acte de pensée abstraite. Toutefois, la réaction volontaire ne diparaît pas complètement. Elle se traduit par des manifestations physiques qui n'ont plus de raison d'être et paraissent tout à fait incohérentes, des gestes, des cris, des larmes, une surexcitation générale de tout le corps. Ces modifications secondaires des organes ont une tendance à se confondre avec celles qui ont causé la douleur; elles se produisent chez l'homme presque simultanément. Il faut pourtant les en distinguer. Elles sont capables d'agir comme contre-poison, de soulager le chagrin, de calmer la joie excessive. Cette tendance de l'émotion à agir, se traduit psychologiquement par la révolte, la révolte souvent impuissante insensée contre toute chose, contre les plus forts, le destin, les causes innocentes ou inanimées de nos malheurs. Il vaudrait souvent beaucoup mieux ne pas nous laisser entraîner à ces manifestations presque toujours inutiles de nos émotions intérieures. Les peuples et les individus qui savent rester le plus calmes dans la prospérité ou la défaite et prendre les événements tels qu'ils se présentent réussissent mieux dans l'existence. La réaction émotionnelle a produit de grandes choses dans l'histoire; mais il paraît certain qu'adaptée aux conditions de la vie inférieure, elle l'est beaucoup moins aux animaux supérieurs, aux civilisations avancées. Elle est pour ceux-ci dangereuse et presque toujours inutilisable. N'ayant plus un rôle d'attaque ou de défense, ne provoquant plus l'action, elle retourne au centre d'où elle est partie pour exaspérer la douleur, la fatiguer, la calmer. Ainsi la psycho-

logie émotive de l'homme s'est compliquée par cette obligation de constater son impuissance devant le malheur et de se tenir tranquille s'il ne veut pas l'accroître.

Il semble bien que le véritable plaisir ou douleur moral, ce que l'on pourrait appeler le chagrin ou la joie, doit être inconnu des animaux inférieurs. Pour ceux-ci, l'émotion doit être le souvenir ou la représentation d'une sensation physiquement agréable ou pénible, mais le corps reste indifférent à tout ce qui ne peut pas aboutir à une modification corporelle. Déjà le chien qui préfère suivre son maître qu'un étranger qui lui offre à manger est capable d'affection sous sa forme supérieure. Dira-t-on que cette affection est faite du souvenir des bons traitements antérieurs ? C'est possible, ce serait logiquement assez simple, mais la simplicité logique n'ajoute rien à la vraisemblance historique. Il est préférable de ne pas admettre *a priori* que tout phénomène affectif se résoud à une impression physique plus ou moins combinée par le jeu de la mémoire ou de l'association.

§ 3. — **Rôle de la logique et de l'esprit social dans l'émotion.** — Il est évident qu'il ne dépend pas de nous d'avoir du plaisir ou du chagrin. On devrait en conclure que si nous restons insensibles ou même joyeux devant un grand malheur, on n'a aucun reproche à nous adresser. Pourtant, si on nous voit rire devant un cadavre, on nous traitera de monstre ou de fou.

On nous appellera monstre si on établit un rapport entre notre moralité interne et la joie que nous avons manifestée. On supposera que nous jugeons la vie et les souffrances d'autrui chose entièrement négligeable, pourvu que nous soyons en bonne santé, car si nous jugions autrement, il faudrait que nous soyons fous pour rester indifférents à la vue des souffrances d'autrui.

N'est-ce pas à dire que l'ébranlement nerveux de la douleur et du plaisir est soumis à des règles de logique. Il y a des émotions raisonnables et des émotions déraisonnables. Pleurer,

rire sans motif, trembler sans être exposé à un danger sont des actes qui ressemblent à la folie. Les aliénistes considèrent l'émotion disproportionnée d'avec sa cause comme pathologique, c'est-à-dire comme une preuve d'une lésion nerveuse plus ou moins importante.

Les médecins qui décrivent les cas les plus intéressants de maladie de la vie affective se placent — parfois sans s'en douter — à deux points de vue différents : au point de vue logique, au point de vue social.

Au point de vue logique, il paraîtrait que le jugement doit réglementer les émotions d'une façon très complexe : Un millionnaire a perdu sa canne, il se croit ruiné et se désespère : disproportion entre une douleur exagérée et un dommage insignifiant. Un autre, pour avoir signé imprudemment un blanc-seing, et ressenti quelques inquiétudes à cet égard, prend en horreur toute écriture : émotion par association irrationnelle et exagérée. On admet que certains objets, innocents par eux-mêmes, deviennent antipathiques parce qu'on les a vus dans des circonstances défavorables ; mais ne pas savoir réglementer les associations d'émotions, ne pas savoir rejeter celles qui sont purement accidentelles, reporter au contraire sur elles toute l'intensité de la vraie douleur, est encore pathologique.

Chacun a sans doute le droit de se procurer des émotions par la lecture et le théâtre. Mais celui pour qui la vie imaginaire est trop émouvante devient suspect aux aliénistes.

Et il ne suffit pas d'apprécier sainement quelle dose d'émotion convient à telle ou telle situation ; il faut que l'intelligence transmette réellement l'impression au corps sans trop s'écarter de la normale. Celui qui se rend compte que ses émotions ne sont pas raisonnables et ne peut s'empêcher de les avoir est peut-être le plus fou de tous.

On peut s'étonner quelle diversité d'opérations rationnelles, quelle puissance de logique doit exister chez les hommes sains de corps et d'esprit pour régler leurs passions. Il est bien difficile de croire que l'humanité soit, et depuis longtemps sans

doute, parvenue à cette suprématie de la pensée. Pourtant, on ne peut pas donner tort aux médecins, qui s'appuyent sur des observations positives.

La vérité, c'est que, dans la vie médicale comme dans la vie courante, on ne relève le caractère illogique de l'émotion que lorsqu'elle n'est pas conforme aux usages et paraît par cela même extraordinaire. La grande majorité des êtres humains régularisent leur vie affective non par la réflexion, mais par l'usage. Si le sujet ne ressent que ce que beaucoup d'autres ressentent dans la même situation, le médecin n'en demande pas davantage et le classe parmi les normaux. Peut-être ses sentiments sont-ils beaucoup plus illogiques que ceux d'un autre qui figure parmi les malades.

Ainsi est considéré comme ayant une sensibilité maladive un savant qui pleurait la mort d'une grenouille. Logiquement, la mort est une chose triste, qu'il s'agisse d'un homme ou d'une bête. Lamartine s'attendrissant sur la mort du chevreuil qu'il vient de tuer ne nous paraît pas ridicule, car ce qui se fait couramment en littérature ne se fait pas couramment dans la vie. Certaines brutes humaines, qui ont commis les crimes les plus odieux, sont-elles rationnellement plus intéressantes qu'un animal inoffensif ? Et pourtant beaucoup s'apitoyent sur les criminels, et bien souvent ceux qui restent très froids à la lecture d'un meurtre ont la plus vive compassion pour l'assassin que l'on vient de condamner. S'émouvoir pour le coupable et non pour la victime, lorsqu'on a une moralité développée, est logiquement, mais non pathologiquement, le fait d'un fou. C'est un ensemble de circonstances sociales particulières, et non la raison, qui régularise de telles émotions.

On pourrait multiplier les exemples de sentiments irrationnels qui ne sont pas maladifs. L'amour d'un vieillard pour une jeune fille, notamment. On dit d'une façon générale que l'amour est aveugle, que l'amour ne raisonne pas. L'amour raisonne autant qu'un autre sentiment, mais la société laisse plus de marge aux expressions individuelles de ce genre de passion. L'illogisme y est très fréquent, de telle sorte qu'on se

laisse plus facilement aller aux extravagances, alors même que l'on n'a aucune lésion cérébrale.

Nous en concluons que le sentiment irrationnel et antisocial est un simple symptôme de maladie mentale, exact le plus souvent, mais qui pourrait être faux dans des cas exceptionnels. Il est fort probable qu'abandonnés à eux-mêmes, un très grand nombre d'individus seraient dans l'impossibilité de régulariser leurs émotions, même sur les bases de la logique la plus égoïste. La vie affective ne se sépare ni de la vie intellectuelle, ni de la vie sociale. Mais ce sont bien des catégories indépendantes qui peuvent se combiner diversement selon les temps et qui ne sont pas unies entre elles par des rapports fixes et constants.

Cette idée que l'homme doit avoir une certaine dose de sentimentalité précise, basée sur la moyenne des sentiments humains, se retrouve dans un grand nombre d'institutions juridiques du présent et du passé. La théorie des essoines au moyen-âge en est un exemple très curieux : les excuses que l'on peut faire valoir pour ne pas aller soutenir son procès, au jour fixé, varient considérablement dans les divers textes de Droit. Les uns ne reconnaissent que des empêchements matériels ou politiques, et ce ne sont pas toujours les textes les plus anciens, car le *Miroir de Saxe*, les *Coutumiers normands* sont dans ce cas, tandis qu'une addition à la loi Salique admet que la mort d'un parent est une excuse valable pour ne pas se rendre à l'assemblée judiciaire. Les essoines sentimentales sont au contraire très développées chez les jurisconsultes français des XIIIme et XIVme siècles. Pierre de Fontaines est relativement dur à cet égard. L'accouchement de la femme n'est pas une cause d'excuse, quoique la femme puisse en mourir ; ce serait ridicule pour le mari d'être assez sensible pour rester à la maison à ce moment, s'il a autre chose à faire. La mort d'un enfant à la mamelle ne saurait non plus émouvoir le père, à moins qu'il ne soit mort d'une façon dramatique, qu'il ait été noyé, étranglé, brûlé vif. Au contraire, Beaumanoir est plus sentimental. « Cil qui essoine pour la mort de ses enfants qui

meurent de leur bonne mort ou d'autre ou tant qu'ils alaitent, puet jurer loial essoinement. Car tues enfant couroucent les cuers des pères. » Un siècle plus tard environ, la *Somme rurale* n'admet que « l'exoine d'enfant qui serait mort par mort accidentelle, » quoique elle reconnaisse d'autre part « l'exoine de femme épousée qui s'accoucherait celui jour d'enfant ».

Evidemment, il ne faudrait pas vouloir tirer de ces textes des conclusions trop précises sur le degré de sensibilité de tel auteur, de telle région ou de telle période. D'autres raisons peuvent avoir engagé à se montrer plus ou moins sévère. Il n'en est pas moins vrai que ces divers juristes se font une conception assez différente de l'homme sentimental moyen et croient pouvoir déterminer avec une précision assez bizarre quand il doit être ému et quand il ne doit pas l'être. Il est très vraisemblable que de telles dispositions sont des régulateurs émotifs. Elles tendent à maintenir l'homme dans un certain degré d'affectivité jusqu'au moment où d'autres causes les mettent en contradiction avec la psychologie moyenne et les font disparaître.

§ 4. — **Opérations émotionnelles.** — Les passions ont leur vie propre. Elles peuvent, sans agir sous l'influence de la raison ou de la société, se modifier d'elles-mêmes et par elles-mêmes. Il est des opérations sentimentales comme des opérations intellectuelles.

Ces opérations aboutissent en général à un double résultat. Elles dirigent jusqu'à un certain point notre pensée et notre conduite, influent sur nos opinions, nos croyances ; elles constituent une part de notre vie. Et en même temps que nos passions vivent en nous, elles se transforment, c'est-à-dire nous transforment. Notre capacité affective n'est plus la même. Aucune émotion ne nous laisse comme elle nous a pris ; nous en sortons, plus sensible ou plus blasé, prédisposé à diriger nos affections dans un sens nouveau, à sentir autrement que nous n'avons senti jusqu'à présent. Ainsi l'étude des opérations sentimentales est utile pour la

compréhension historique autant que systématique de la psychologie humaine.

Les émotions se succèdent très rapidement dans la vie. D'abord parce que les causes de douleur ou de joie sont parfois nombreuses et que, d'autre part, nos réflexions sur un seul et même événement peuvent passer très rapidement du noir au rose et du rose au noir. Un événement qui attriste peut plaire par certains côtés. « Il le pleura, mais il ne l'eût pas ressuscité, » dit Balzac d'un brave curé qui venait d'hériter du mobilier d'un confrère. Lorsqu'une succession rapide d'impressions diverses nous émeut, nous ne savons plus distinguer les unes des autres; comme les mêmes situations complexes se présentent fréquemment dans la vie des hommes, on donne un nom spécial à chaque type d'émotion complexe qui y correspond, sans pouvoir toujours en bien distinguer les éléments. Ainsi l'envie, la pitié, la colère, la vanité, la timidité savent successivement et parfois dans le même instant procurer plaisir et douleur à ceux qui en sont affectés.

Il est très vraisemblable que les émotions sont plus complètes chez les êtres supérieurs que chez les êtres inférieurs, non pas — comme on dit parfois parce que tout passe de l'homogène à l'hétérogène, ce qui ne signifie pas grand chose — mais parce qu'une intelligence plus développée peut saisir les événements sous un plus grand nombre d'aspects. De tous temps, les philosophes ont enseigné que tout bonheur avait ses mauvais côtés, et qu'on pouvait trouver une consolation à tous les chagrins, c'est-à-dire en apaiser le tourment physique par des pensées reposantes et douces. L'art a pour principal but de faire avec nos affections des combinaisons de plus en plus savantes. On peut donc dire que celui qui a pris contact avec l'art et la philosophie ne ressentira plus comme il ressentait autrefois et que sa psychologie affective s'est compliquée.

La vie sociale est aussi une cause de complication émotionnelle, en ce sens qu'elle modifie les impressions de l'individu par les impressions des autres. La joie du vainqueur a sans

doute causé dès une époque très reculée un surcroît de douleur au vaincu et réciproquement. Cette sorte d'altruisme à rebours est loin d'être rare dans nos sociétés modernes. Mais l'altruisme véritable, celui qui augmente ou diminue le bonheur personnel par le bonheur ou le malheur d'autrui peut avoir existé chez l'homme primitif, puisque il semble bien que les animaux sont capables de le ressentir. En tous cas, l'un et l'autre ont été dirigés par la vie sociale, les institutions politiques et privées, les luttes politiques et internationales.

Ainsi la vie affective agit et se développe par un premier mode : la combinaison.

Le deuxième mode est l'association ou irradiation. Le plaisir et la douleur ne se présentent pas dans la réalité isolés de toute autre représentation. Ils nous affectent dans un certain milieu, au moment où nous regardons des choses par elles-mêmes indifférentes, où des idées neutres traversent notre esprit. L'esprit a cette tendance à reporter l'émotion sur l'objet qui a coïncidé dans le temps avec elle. Nous prenons en horreur la maison, la ville où nous avons souffert, alors que les rues et les murailles sont bien innocentes de notre chagrin. On a essayé d'expliquer la naissance de l'altruisme par une association de ce genre. En elle-même, la souffrance d'autrui devait être indifférente à l'homme primitif. Mais elle lui rappelait les situations analogues et pénibles dans lesquelles il avait pu se trouver et qui pourraient peut-être se répéter dans l'avenir. De là, une sympathie qui s'est débarrassée peu à peu de cette arrière-pensée égoïste.

Il faut toutefois remarquer que la raison rejette ces associations émotives ou ne les laisse subsister qu'à un faible degré lorsqu'elles ne sont pas logiquement ou socialement justifiées. On considère comme pathologiques, c'est-à-dire comme impliquant un état maladif des centres nerveux, l'horreur ou l'attraction pour des choses indifférentes par suite d'une association accidentelle et oubliée. Ainsi les émotions altruistes, pour devenir indépendantes, ont dû trouver leur justification dans la logique ou l'état social. De telle sorte que l'association ou

l'irradiation toute seule ne saurait être une source très féconde de sentiments.

L'imagination est parfois affective, parfois intellectuelle. Des causes assez variées de nature dirigent ce que l'on appelle le cours de nos pensées. Certains types intellectuels aiment à s'extérioriser. Ils demandent au monde extérieur de faire défiler dans leurs cerveaux des tableaux et des idées, pour les distraire et les instruire. Ceux qui n'aiment pas à se concentrer sur eux-mêmes ne sont pas uniquement des flâneurs et des penseurs superficiels. De très grands savants se trouveraient parmi eux. Les méthodes scientifiques les plus populaires, et auxquelles on attribue à tort une supériorité objective, ont le seul mais immense avantage de décharger le chercheur du soin de diriger sa pensée et, par suite, de pouvoir utiliser un très grand nombre de cerveaux de valeur secondaire. L'homme qui ne pense qu'à ce qu'il voit est le plus sain et le plus heureux, qu'il soit assis à la table d'un café à regarder les passants, dans un bureau à faire des comptes, dans un laboratoire à faire des expériences, ou dans une bibliothèque à compulser des documents.

Le plus fatigant, au contraire, est de soumettre ses pensées à une direction logique, sans aucun aide extérieur. C'est le travail intellectuel le plus sûr, mais qu'il est difficile de soutenir longtemps. Deux modes de pensée intérieure demandent moins d'effort. La rêverie où les pensées s'enchaînent au hasard des souvenirs, qui produit des rapprochements souvent ineptes, parfois ingénieux, où, sans rien chercher, on peut tout aussi bien découvrir quelque chose, mais qui peut être encore plus souvent peu fructueuse et peu amusante. L'imagination affective obtient sans plus d'effort plus de résultats. Une émotion agréable ou pénible devient la directrice des idées. Tous les souvenirs de même nuance émotive sont réveillés, associés, comparés. L'esprit ne veut pas changer d'impression et préfère revenir indéfiniment sur lui-même ; toute idée neutre et purement objective lui répugne comme un met refroidi. La pensée qui suit la voie affective est très puissante

dans son action et dans ses créations psychologiques. Elle peut être aussi bien agréable que douloureuse. Celui qui a beaucoup de vanité ou d'orgueil revit indéfiniment tous ses triomphes; il découvre en lui d'autres motifs de succès, en invente au besoin et, s'il ne sait pas réagir contre cette tendance à penser toujours à sa propre gloire, risque fort de tomber dans la folie des grandeurs. A l'inverse, la mélancolie, la folie de la persécution guette celui qui se laisse aller à vivre continuellement de pensées douloureuses. L'imagination affective agit très efficacement sur le cerveau et modifie considérablement la pensée humaine.

C'est pour une raison physiologique que les sentiments se développent par réaction. Les organes se fatiguent d'éprouver trop longtemps les mêmes impressions. Ils réagissent contre la pensée et substituent, par le seul effet d'une fatigue matérielle, le plaisir à la douleur et la douleur au plaisir. Ainsi se présentent dans la vie ces deux phénomènes contraires que, par l'usage, les émotions peuvent s'exaspérer ou s'atrophier. Or l'atrophie de certaines émotions prédispose à ressentir d'autres émotions plus violentes ou plus raffinées. L'éducation esthétique se fait ainsi. Quand on trouve un grand plaisir à de la musique de cirque, on ne saurait guère apprécier une musique plus savante. Le fait d'être lassé d'une manifestation d'art inférieure permet de ressentir une impression plus profonde devant une œuvre supérieure. Peut-être en fut-il de même des affections sociales? Peut-être le besoin de s'intéresser à des choses nouvelles a-t-il substitué dans la vie affective des hommes primitifs des sentimentalités plus élevées à des sentimentalités plus grossières?

Enfin les passions ont leur logique. Sous leur direction s'exécute dans l'esprit un travail ressemblant plus ou moins à de la déduction ou à de l'induction, et qui a pour but, non la recherche objective de la vérité, mais la satisfaction d'un état sentimental particulier. Ainsi l'espoir nous porte à croire qu'un événement désiré est d'une réalisation plus probable qu'il ne l'est effectivement, et le désespoir agit en sens inverse

Il ne faudrait pas en conclure qu'un jugement ému est toujours faux. On peut attendre avec anxiété le résultat d'une addition et la faire juste quand même. Le jugement affectif se caractérise en ce que sa conclusion est déjà dans le désir avant d'être dans la croyance. Le cerveau ne travaille que pour lui donner une autorité illégitime au moyen d'arguments qui ne sont pas toujours solides.

Mais on aurait tort de croire que même de tels raisonnements sont nécessairement une entrave pour la logique objective. Ils ont au contraire joué un rôle très important dans le développement de la science. Les savants ont beau s'en défendre, quand ils argumentent sur leur système, leur opinion, ils espèrent bien trouver au bout du syllogisme la réponse favorable. La conclusion désirée peut être vraie aussi bien que fausse, et, si elle est vraie, l'esprit passionné sera plus perspicace que l'esprit impartial et saura déployer une ingéniosité extraordinaire pour découvrir des vérités peu apparentes. Un prisonnier, d'autant plus qu'il a un violent désir de liberté, trouve des moyens d'évasion plus imprévus, et celui qui se voit opposer une argumentation qui le blesse fait des prodiges de subtilité pour y découvrir un défaut, et quelquefois y réussit.

Le jugement affectif n'en est pas moins un jugement suspect. Il est essentiellement partial, c'est-à-dire qu'il dissimule soigneusement tout ce qui est contraire à la solution désirée. Il introduit souvent dans l'esprit des croyances contradictoires, sans que la contradiction soit aperçue. C'est une source d'erreurs incessantes, même pour les sciences exactes ; dans la vie sociale, ses effets sont incommensurables. Son rôle n'a pas dû être moindre dans les sociétés primitives. Les esprits peu cultivés sont capables de fermer les yeux devant les faits les plus positifs ; ils trompent leur médecin sur les symptômes de leur maladie, leur avocat sur les charges qui pèsent contre eux. A un degré intellectuel supérieur, on est plutôt porté à raisonner sentimentalement, dans les cas où l'erreur ne peut pas avoir de conséquences nuisibles personnelles et immé-

diates. La politique et la législation étant dans ce cas, sont des terrains de prédilection pour la logique émotionnelle.

Nous venons ainsi de relever les principaux procédés de la vie affective. Il peut y en avoir d'autres. Il est en tout cas certain qu'elle est très complexe et ne se laisse pas réduire à une explication unilatérale. Le caractère, les sentiments d'un homme à un moment donné, c'est-à-dire son état affectif, les possibilités d'émotion que peuvent lui apporter les idées ou les faits sont la résultante de tout son passé émotionnel. Ce travail antérieur est logique à certains égards, social par ailleurs, physiologique, coordonné ou purement fortuit.

§ 5. — **Métaphysique de la vie affective.** — L'observation et la description des phénomènes affectifs est chose relativement facile. L'explication en paraît pour le moment impossible ; il l'est peut-être même de trouver une formule générale qui, appliquée à la vie affective, en ferait mieux ressortir les causes et les fonctions.

Les principales énigmes qu'il convient de poser sans les résoudre, afin de montrer qu'elles n'ont pas été résolues, excluent tout espoir d'une interprétation systématique.

Pourquoi une pensée fait-elle souffrir ? On pourrait l'expliquer par la mémoire, lorsqu'il s'agit de la crainte d'une douleur physique. Mais il existe des douleurs morales très violentes qui peuvent désorganiser le cerveau et qui sont irréductibles à l'appréhension d'une lésion corporelle quelconque. C'est même, peut-on dire, la règle. De telle sorte que l'existence de la souffrance morale ne saurait s'expliquer par les expériences ou les souvenirs même indéfiniment accumulés. Elle le peut d'autant moins que les émotions nous sont inconnues tant que nous ne les avons pas éprouvées. Leur diversité et leur intensité nous surprennent et ce caractère imprévu de la vie affective en constitue la seconde énigme. Les romanciers, en plaçant leurs personnages dans telle ou telle situation, font naître des émotions nouvelles à ceux qui leur prêtent leurs nerfs et leur cerveau. La pensée n'exerce donc pas

sur nos corps une domination traditionnelle résultant d'un assujettissement antérieur, mais une domination toujours nouvelle ; dans des circonstances particulièrement tragiques, elle descend dans des organes qu'elle avait jusque-là laissé en repos et qui auraient pu y rester indéfiniment si notre existence eût été plus calme.

On dit que le plaisir accompagne toute augmentation de l'être physique, moral ou social, et la douleur toute dégradation. On dit encore que le plaisir est une activité qui a su atteindre son but, la douleur une activité qui a échoué, et ces deux formules présentent à peu près les mêmes qualités et les mêmes défauts. Elles rendraient assez bien compte de l'imprévu des émotions ; à tout progrès nouveau, à toute déchéance nouvelle, comme à tout nouveau succès, à tout nouvel échec, il est naturel que corresponde une impression nouvelle. D'autre part, elles peuvent être toutes les deux vraies, en ce sens que la réussite est agréable, l'échec pénible, le progrès et la déchéance ont respectivement le même caractère. Avec un peu de bonne volonté ou d'ingéniosité, on peut classer les émotions les plus variées dans ces diverses catégories — avec la seconde formule, ce serait même un peu plus difficile, — mais qui nous prouve que cette opération ne soit pas arbitraire et corresponde à quelque chose de réel ? Avons-nous toujours conscience, dans toute douleur morale, que nous ou quelqu'un qui nous est sympathique a subi une dégradation ou un échec et ce jugement est-il toujours la vraie cause de notre émotion ?

Les deux propositions ont le même défaut de ne rien ajouter à ce que l'on sait déjà sur la nature de la vie affective. L'énigme n'en subsiste pas moins. Pourquoi la conscience d'un avantage moral produit-il un effet physique ? A moins de leur donner un sens finaliste, les explications proposées n'expliquent rien et ne semblent pas différer beaucoup d'une simple tautologie.

Les systèmes qui recherchent dans l'exercice de l'activité la raison d'être de l'émotion, qui l'appelle douleur ou plaisir selon qu'elle est ou non conforme à notre constitution phy-

sique et morale, ont en outre le défaut d'être plus difficilement vérifiables, puisque la conformité ou la non-conformité avec notre nature ne se révèlent à nous que par la qualité de nos impressions.

La vie affective se laisse décrire. On peut énumérer bien des circonstances dans lesquelles les pensées, en pénétrant plus intimément le système nerveux, déterminent le phénomène spécial de l'émotion. On peut étudier les forces qui déterminent l'intensité des passions. Mais la raison d'être de cet état de choses n'en reste pas moins incompréhensible. La théorie d'ensemble qui ramènerait tout à une cause générale et explicative des phénomènes particuliers n'est pas élaborée. Par suite, l'étude du sentiment dans une branche quelconque de l'activité humaine ne peut être qu'historique et analytique.

§ 6. — **Sentiments spéciaux et individuels dans le Droit.** — A presque toute disposition de Droit correspond un état sentimental qui paraît en être l'explication.

Le mariage protège et limite à la fois le sentiment de l'amour ; le divorce est un remède à une situation affective anormale. La propriété se justifie par l'attachement au sol, à la demeure, aux animaux, aux objets familiers et comme l'homme civilisé ne se désintéresse pas de l'avenir des personnes et des choses qui lui survivent, la liberté testamentaire paraît avoir pour principale raison de lui garantir cette satisfaction.

Il est bien certain que là où la loi s'accorde avec la sentimentalité du peuple, celui-ci n'éprouve pas le besoin de la modifier. Il peut pourtant y être contraint par une mentalité étrangère qu'un courant d'opinion lui impose ou par toute autre force extérieure. Si les institutions ne sont pas en harmonie avec son caractère, il tâche de s'en débarasser ; mais il faut pour cela que l'effort ne soit pas trop grand pour sa puissance d'initiative ; bien souvent et pour bien des causes, il se résigne et, si la chaussure n'est pas faite à son pied, il habitue son pied à la chaussure. Ainsi l'accord d'une disposi-

tion juridique et des tendances affectives générales est une force conservatrice qui lui assure une longue existence, pourvu qu'une force novatrice quelconque ne soit pas plus efficace. Les peuples comme les individus n'organisent pas toujours leur vie selon leur goût. Ils le font sans doute lorsque rien ne les en empêche, mais beaucoup de choses peuvent les en empêcher.

Il est toutefois relativement facile d'expliquer pourquoi telle institution favorise ou protège tel sentiment. Il est beaucoup plus difficile de déterminer le rôle des affections dans la création du Droit.

A un premier point de vue, les promoteurs de réforme ont très souvent l'intention de faire plaisir à tout ou partie du public et plus souvent encore de lui être désagréable. L'histoire juridique de certains pays n'aurait aucun sens, si on en supprimait les lois qui ont pour unique raison d'être de taquiner le voisin. Ce sont des lois sentimentales puisqu'elles ont leur cause dans le plaisir assez bizarre mais incontestable que l'homme éprouve à tracasser son semblable. Rapprochées de l'histoire politique, les lois d'origine vexatoires sont le plus souvent faciles à reconnaître. Elles atteignent d'ailleurs rarement leur but, ou ne le font que temporairement. Ainsi les lois françaises d'expropriation pour cause d'utilité publique et d'alignement, furent inventées pour causer des ennuis et porter tort à une classe de citoyens. Rien ne les justifiait au moment de leur confection ; elles furent à certains égards des lois de spoliation. Mais les grands travaux d'intérêt public que l'on ne pouvait alors prévoir les ont justifiées après coup. Elles sont devenues des lois libérales, protectrices des intérêts privés, si on les compare aux législations des autres pays sur les mêmes matières. De telle sorte que les dispositions malicieuses et tracassières à leur naissance sont susceptibles de devenir, dans certaines circonstances, débonnaires et utiles. Ceux qui se sentent pourchassés par le législateur de leur pays sont sages s'ils restent tranquilles et ne se font pas de mauvais sang. La loi réussit rarement à atteindre ceux qu'elle

vise et, d'autre part, on n'éprouve de plaisir à ennuyer que ceux qui s'emportent ou se plaignent.

A un second point de vue, nous pouvons envisager le législateur comme le porte-parole d'un sentiment déterminé qui demande une loi pour se défendre ou pour attaquer un sentiment adverse. Chaque fois que l'on éprouve un plaisir ou une contrariété on n'en parle pas toujours à son député. Quelques-uns toutefois ne peuvent pas se retenir d'écrire à leur journal ; le journal publie la lettre, fait un article, recueille les impressions populaires, fait une campagne de presse ; les organes législatifs sont saisis et la réclamation sentimentale subit un premier examen sérieux. On l'examine au point de vue psychologique : le sentiment est-il réel, profond, légitime ? au point de vue utilitaire : n'est-il pas dangereux de lui donner satisfaction ? au point de vue légal : réclame-t-il de la loi un privilège ou l'égalité avec les autres sentiments ? au point de vue juridique : y a-t-il une forme juridique qui puisse lui être favorable et quelle le sera davantage ? Après quoi le projet de loi sera rédigé, puis sera voté ou ne le sera pas. Les textes sur les sociétés civiles nous fournissent des exemples de nombreux sentiments admis depuis peu à la vie juridique.

Le mécanisme moderne ne s'applique évidemment qu'à certains pays de notre époque. Le sentiment individuel a eu souvent beaucoup plus de peine à pénétrer dans la loi. Il lui fut toujours nécessaire pour y parvenir de se manifester, de se formuler, d'être adopté. Suivant les pays et les constitutions chacune des trois étapes peut-être plus ou moins difficile à franchir. Les sentiments les plus violents ne sont pas ceux qui y réussissent toujours le mieux. Il en est de très respectables qui se heurteraient à l'indifférence générale ou n'auraient pas la souplesse nécessaire pour se vêtir du costume juridique. D'autres plus artificiels n'auront aucune difficulté à réussir. Des sentiments sincères doivent parfois faire des concessions, acheter le concours de ceux qui ne les partagent pas par des rémunérations matérielles ou morales. Ainsi le sentiment n'explique jamais en entier l'institution.

Il faut user d'une prudence extraordinaire dans l'interprétation affective des lois. Les phénomènes qu'on y rencontre paraissent souvent à première vue très bizarres et de nature à dérouter ceux qui voudraient voir dans un texte la photographie d'une affection. Prenons le phénomène juridico-sentimental que nous pouvons observer avec le plus de sureté : le socialisme moderne. Il comprend une théorie d'organisation qui doit être critiquée rationnellement par la science économique, et une conception sentimentale qui agrée ou répugne suivant le tempérament de chacun. Cette conception peut-être ainsi analysée :

1o Indifférence pour les caractères particuliers des choses, qui n'ont plus de valeur individuelle mais sont fungibles. On n'aime plus tel champ, telle maison, mais un champ une maison d'une certaine valeur.

2o Détachements des individualités humaines ; substitution aux sentiments individuels d'une sympathie générale.

3o Désir de sécurité, de régularité de vie, d'un moindre effort d'initiative. Atrophie des désirs qui ne résultent pas des nécessités de la vie courante.

Historiquement les causes qui ont produit cette sentimentalité socialiste sont très diverses. La politique internationale a mis au premier plan des peuples qui ne connaissaient pas encore les sentiments individualistes ; la grande industrie a détaché de la propriété les classes inférieures ; le développement des valeurs mobilières a transformé la psychologie des classes supérieures qui trouvent le bien être dans l'usage d'objets qui passent de mains en mains ; la vie mondaine, telle qu'elle s'est constituée au XIXme siècle par les combinaisons de classe, la centralisation et le cosmopolitisme, est une cause énergique de fungibilité sentimentale. A morceller tous les instants de sa vie en conversations avec des êtres qui se renouvellent incessamment, on ne peut plus guère être capable d'une affection intense pour qui que ce soit. Le socialiste rêve de transformer l'or en gros sous pour en faire profiter la foule : ainsi le mondain transforme sa sentimentalité en monnaie de

billon. C'est pourquoi on a raison de dire que le divorce sans motif, l'adultère, l'union libre ne sont pas en eux-mêmes des choses immorales ou dénuées de sentimentalité. Ce sont uniquement des façons socialistes de se dépenser.

Or — et c'est ce qui nous intéresse — parmi ceux qui soutiennent le socialisme un assez grand nombre ont des sentiments anti-socialistes très prononcés. Ils sont de bons maris aimant leur femme et non celle du voisin, leur maison et non la maison voisine, leur chien, leur chat et non le premier chien ou chat rencontré dans la rue. Et parmi ceux qui le combattent beaucoup ont des sentiments socialistes non moins prononcés, ne sont attachés à aucun sol, à aucune ville, à aucune maison, à aucun être humain plus qu'à un autre. Ils n'ont tort d'ailleurs ni les uns ni les autres ; mais ils se placent au point de vue de l'organisation socialiste qu'ils jugent raisonnable ou déraisonnable sans se préoccuper de ce qui convient le mieux à leur façon d'aimer, de vivre et de sentir. Ainsi fait-on croire au petit paysan qu'il restera toujours maître et seigneur de sa terre ; il ne voit alors aucun inconvénient à ce qu'on socialise la propriété d'autrui. A l'inverse, combien de conservateurs prêchent et organisent le socialisme de mœurs comme seul moyen de combattre le socialisme politique sans se douter que le premier bien plus que le second répugne à celui qui est resté individualiste de cœur.

Ce nous est un exemple que dans le cours de l'histoire beaucoup ont dû combattre contre ce qui leur était cher parce qu'ils n'ont pas su voir quels étaient les vrais caractères de leur adversaire et en faveur de ce qu'ils auraient détesté s'ils avaient su le connaître. Ainsi le sentiment est une force puissante mais aveugle ; nous le voyons frapper avec violence, abattre des institutions ; mais contre qui dirige-t-il ses coups ? Il est très difficile de le savoir.

Lorsqu'une institution a triomphé, la sentimentalité qui lui correspond triomphe avec elle. Si l'organisation socialiste est établie, ceux qui tiennent le plus à leur famille et aux objets

qui leur appartiennent, pour qui sont le plus précieuses les délicatesses de l'individualité des choses et des gens seront bien obligés de se familiariser avec la grande auberge prophétisée et y perdront une grande part de leur mentalité actuelle. D'ailleurs ceux qui sont actuellement socialistes de sentiment le doivent à leur genre de vie, c'est-à-dire aux institutions qui les obligent ou les portent à s'y conformer. Ne faut-il pas dire en fin de compte que l'influence du sentiment sur le Droit est une pure illusion et l'influence du Droit sur le sentiment une réalité ?

Nullement ; si la loi peut faire violence aux sentiments et les transformer, le phénomène inverse peut se présenter tout aussi souvent. L'art de tyranniser consiste à proportionner à la force coercitive dont on dispose les modifications que l'on veut apporter aux affections d'autrui. S'il y a des tyrans dans les législations les plus libérales, il n'en est pas moins vrai qu'il y a des limites à la tyrannie dans les constitutions les plus absolues, c'est-à-dire que si la vie affective d'un peuple peut être dirigée par la loi, elle n'accepte jamais complètement cette direction. Les révolutions, les séditions, les textes inappliqués, abrogés peu après leur promulgation nous fournissent de nombreux exemples à cet égard. D'ailleurs si le législateur qui laisserait la bride sur le cou à toutes les passions humaines ne s'est pas encore rencontré, celui qui les dompterait complètement n'existe pas davantage, ce qui leur permet en certains cas d'agir en pleine liberté.

S'il est relativement difficile de calculer la cause sentimentale individuelle dans les législations actuelles, il l'est certainement beaucoup plus d'effectuer le même travail pour le passé. Les émotions ne laissent que de vagues empreintes ; par quels procédés les ressusciter ? Le vieux système qui s'appuyant sur l'adage « l'homme ne change pas » appliquait aux institutions du passé les émotions qui y correspondent dans le présent a disparu de tout travail sérieux ou à peu près. Il est d'autres procédés de reconstitution plus savants, plus positifs en apparence mais très critiquables à certains

égards. Telle est la méthode de Jhering faisant sortir toute la sentimentalité humaine de l'égoïsme. Qu'on se montre peu optimiste pour la valeur morale et la délicatesse de sentiment de l'homme primitif, cela paraît en principe assez légitime. Mais il faut pas être plus généreux pour le côté intellectuel. Or l'homme primitif de Jhering est un égoïste parfait. mais un roublard qui ne le cède en rien à l'individu le plus intelligent des sociétés modernes. On peut même dire qu'il est beaucoup plus intelligent. Avoir compris de lui-même tout ce que pouvait donner ce sol en apparence inculte de l'égoïsme en le cultivant par des procédés peu naturels du sacrifice et de l'abnégation, exige du génie. Pour qu'une brute puisse comprendre qu'elle a intérêt à devenir bonne elle doit être d'une intelligence supérieure. Or il paraît au contraire physiologiquement et historiquement établi que la puissance intellectuelle est une acquisition plus récente que la valeur sentimentale. En tout cas, il faut développer la sentimentalité primitive avec de l'intelligence primitive et non avec de l'intelligence de civilisé. Sinon on fausse certainement l'histoire de la psychologie humaine.

L'atruisme n'est donc pas historiquement de l'égoïsme calculé. Il a sa vie propre et ses causes particulières de développement.

Il est donc dangereux d'inventer pour la vie affective humaine une origine trop simple et de trop douces transitions qui conduisent sans heurt ni choc de la sauvagerie à l'idéal le plus élevé. La vraisemblance est ici comme ailleurs le plus séduisant et le plus traître des pièges tendus à la logique historique. Il paraissait très vraisemblable aux anciens historiens que nos ancêtres mêmes les plus reculés aient senti ce que nous sentons ; il paraît au contraire très vraisemblable aux esprits imbus d'évolutionnisme que ce qu'ils considèrent comme imparfait ait précédé ce qu'ils considèrent comme parfait. Les deux conceptions sont presqu'aussi subjectives l'une que l'autre et l'on ne peut que s'en défier.

La vie affective d'une époque ne peut se reconstituer que par les documents contemporains de cette époque. L'études

des mœurs par la littérature ou toute autre source peut préciser la portée sentimentale d'une institution. L'historien-juriste ne dégage plus la psychologie du texte juridique pour la reporter sur le texte juridique. De préférence c'est à côté qu'il cherche les renseignements psychologiques. Ainsi Meynial a étudié le *Mariage après les invasions* en ressuscitant d'après les *Niebelungen* le caractère émotif de la femme germaine. Flach interprête par les *Chansons de geste* les institutions du Moyen-Age. La générosité, la libéralité est une des vertus qui y sont le plus célébrées. Sans ces impulsions de largesse, parfois de prodigalité, souvent d'ailleurs suivies de regret, la multiplicité, la nature même des concessions féodales, des donations aux églises, aux couvents et bien d'autres institutions seraient inexplicables. Sans doute, dans les contrats féodaux chacun cherchait un avantage, mais quelle différence avec la psychologie d'un marché moderne ou chacun discute clause par clause et s'efforce d'obtenir un maximum de profit. Enfin l'explication sentimentale des origines de la communauté conjugale par Lefebvre paraît aussi partiellement vraie. Bien entendu, si la femme n'avait rien apporté au mari, si le partage résultant de la communauté n'avait pas simplifié à l'origine la liquidation de la vie conjugale, s'il n'avait pas abouti en moyenne à une équitable répartition des biens, on n'aurait pas adopté ce régime qui n'a sur le régime antérieur des gains de survie que des avantages en faveur de la famille de la femme et non de la femme elle-même. Mais il est fort probable, que par suite de l'idée de collaboration, du désir chrétien d'unir plus intimément les époux par la fusion de leurs intérêts, ce régime convenait mieux que tout autre à l'état affectif de l'époque.

Les historiens du Droit les plus récents ont donc une tendance à tenir compte du facteur sentimental individuel, dans l'interprétation du passé juridique. Ils le font avec modération et prudence, comme il convient ; mais en se rendant compte que cela est indispensable à la compréhension complète de la création du Droit.

§ 7. — Sentiments généraux et sociaux dans le Droit. — Les sentiments que nous venons d'étudier sont à la fois individuels et spéciaux. Ce sont plutôt des tendances de l'homme à se replier sur lui-même, à suivre ses propres impulsions que la loi admet et protège dans certains cas. Ils ne demandent qu'une institution spéciale, une part du domaine juridique. Chacun a son terrain propre plus ou moins spacieux mais dont il ne demande pas à sortir et ne saurait prétendre à inspirer l'ensemble d'une morale ou d'une législation. L'amour conjugal, filial n'a rien à faire lorsqu'il s'agit de délimiter un champ.

Mais la vie affective comprend encore des éléments sociaux et généraux. Ils sont sociaux pour des raisons diverses : Les uns naissent dans les groupes par ébranlement collectif : l'homme isolé n'aurait pu éprouver de telles émotions avec ce degré d'intensité ; d'autres sont des satisfactions ou des peines morales par lesquelles la société paie l'individu, le salaire émotif dont on récompense le travail social, la douleur émotive dont on châtie le désordre; une troisième catégorie de sentiments sociaux expriment le plaisir, la distraction, qu'est la société pour l'individu ; une quatrième espèce comprend les émotions nées du contact non plus avec la société elle-même mais avec les êtres humains qui la composent, enfin les principes abstraits qui dirigent les sociétés, la justice, le Droit, peuvent se manifester par des phénomènes plus affectifs que rationnels.

De telle sorte qu'il est licite d'établir la classification suivante :

I. Emotions de sympathie sociale.
II. Emotions de sanction sociale.
III. Emotions de distraction sociale.
IV. Emotions de contact social.
V. Emotions morales et juridiques pures.
VI. Emotions politiques et utilitaires.

Nous ne prétendons pas qu'une telle classification soit complète et définitive. Elle permet toutefois peut-être d'analyser

un peu plus subtilement qu'on ne l'a fait jusqu'ici la vie affective sociale.

Elle n'est pas non plus purement arbitraire. Chacune de ces classes d'émotions sont générales, en ce que la plupart peuvent servir à instaurer un système complet de morale et par suite influer sur toutes les dispositions juridiques d'une législation. Les morales pratiques, celles qui s'appliquent journellement dans la vie, qui maintiennent l'ordre dans les sociétés modernes sont formées de couches superposées de ces divers systèmes qui ne défendent pas les mêmes actes, n'encouragent pas aux mêmes actes, ne répondent pas aux mêmes formules et ne peuvent pas tous agir sur les mêmes cerveaux. C'est pourquoi toutes les morales théoriques sont pitoyables en voulant baser sur un principe unique ce qui en vertu de la diversité des organismes est essentiellement multiple.

Ont été souvent funestes, dans le cours de l'histoire, ceux qui veulent faire le mieux, qui ont apporté au monde les morales les plus hautes et les plus désintéressées, qui ont voulu améliorer l'idéal humain et auraient pu le faire sans leur prétention à vouloir substituer complètement leurs principes à ceux qui avaient déjà guidé l'humanité. Ils ont souvent ébranlé les morales vivantes et émotives au profit de théories qui restaient pour le plus grand nombre artificielles et peu efficaces.

I. — *Emotions de sympathie sociale.* — Nous appellerons ainsi en détournant le mot « sympathie » de son sens habituel, les impressions qui saisissent un individu parce qu'il se trouve ou s'est trouvé dans un groupe, dans une foule. Un spectacle l'aurait laissé indifférent, un acte n'aurait excité en lui ni admiration, ni indignation. On aurait en vain essayé de lui faire comprendre où était son devoir, il serait resté insensible à toute explication individuelle. Mais il a vu la foule acclamer des héros, huer des criminels. Il a poussé les mêmes clameurs, accompli les mêmes gestes avant de savoir au juste de quoi il s'agissait. Ainsi a-t-il connu pour la première fois le mal et le bien. Et ce n'a pas été pour lui une simple indica-

tion pratique et positive ; son éducation a été vraiment émotive. La foule lui a appris à tressaillir d'horreur devant les actes qu'elle blâme, à s'enthousiasmer pour ceux qu'elle admire. Elle a institué la première forme de sa vie affective.

L'intensité que les émotions sont susceptibles d'acquérir dans les foules est constatée depuis longtemps. Mais d'où provient cette contagion de la peur, de la colère, de l'enthousiasme qui produit les paniques, les émeutes, les lynchages. Est-elle d'origine rationnelle ou purement émotive. Les collectivités sont-elles émotives parce qu'elles sont crédules ou crédules parce qu'elles sont émotives ? Une foule se rue contre un individu soupçonné de crime et le met en pièce sans preuve de sa culpabilité. Sa fureur s'explique-t-elle par l'énergie anormale de sa conviction ou s'est-elle au contraire laissée plus facilement convaincre parce qu'elle était plus furieuse ? L'un et l'autre sont vrais jusqu'à un certain point : il peut y avoir contagion d'émotion sans contagion de croyance et contagion de croyance sans contagion d'émotion. Ce qui prouve que les collectivités ont comme les individus une vie affective et une vie intellectuelle qui peuvent rester indépendantes où se combiner.

Les émotions de sympathie sociale se présentent dans le cours de l'histoire sous une forme religieuse et sous une forme laïque.

Toute religion est un système de rites, de croyances et de sentiments. Mais les dogmes survivent dans les textes, l'archéologie reconstitue dans le détail les cultes disparus ; le sentiment se retrouve bien plus difficilement. Dans l'histoire des religions, le côté sentimental est forcément sacrifié et surtout dans les travaux les plus approfondis et les plus positifs, l'élément affectif sera proportionnellement peu important. Nous pouvons affirmer que les Carthaginois conservaient un voile précieux, le Zaïmph, dont la perte était le présage d'une calamité publique, qu'Hamilcar nourissait des serpents et les considérait comme les génies de la famille. Mais quelles étaient les impressions religieuses de Salammbô, en admet-

tant la réalité du récit de Flaubert ? Aucune source ne peut nous renseigner à cet égard.

On peut toutefois affirmer qu'il y a eu des émotions religieuses, car le culte et les croyances mêmes ne s'expliqueraient pas sans elles. L'homme a conçu ses premières divinités sous l'influence de la peur et vraisemblablement d'une peur collective qui saisissait l'ensemble d'une tribu devant des phénomènes naturels pour elle incompréhensibles. Sous cette impression, on institua les premiers cultes destinés à apaiser les dieux et à les rendre favorables.

Mais le rite lui-même est générateur de nouvelles émotions. Le peuple se réunit pour y procéder en groupes plus ou moins considérables ; et les cérémonies qu'il accomplit sont presque toujours de nature à exalter les sensibilités individuelles. Ainsi, il célèbre les dieux ou les implore. Il énumère leurs qualités de puissance ou de bonté, chante les traits les plus glorieux que leur attribuent les mythes. Sans doute, de telles prières ont un but pratique et intéressé, ce sont des flatteries, qui peuvent ne pas être sincères dans toutes les bouches ; mais la masse ne reste pas insensible. Les dieux lui apparaissent dans toute la grandeur qu'elle leur attribue. A l'inverse le suppliant se fait petit et malheureux pour attendrir celui qu'il implore et il s'attendrit lui-même de ses propres supplications, se sent peu de chose devant les puissances célestes. Ainsi l'exaltation collective à l'énumération des qualités divines, la dépression collective à l'énumération des faiblesses humaines sont les émotions religieuses les plus répandues.

Il est très vraisemblable que dans une période primitive, l'émotion n'est pas voulue. C'est un accident qui surprend ceux qui en sont saisis. On y voit la preuve de l'efficacité des prières, la réponse de la divinité et l'élément affectif tend à devenir de plus en plus un élément essentiel de l'acte religieux. Le culte devient intentionnellement émotif ; il a pour but d'agir sur les hommes en même temps que sur les dieux et après une nouvelle transformation à susciter chez les hommes des émotions qui plaisent aux dieux.

D'ailleurs ces émotions religieuses produites un peu au hasard sont de plus en plus diverses de nature et ne s'accordent pas toujours avec le but de la religion. Elles fournissent aux peuples antiques des impressions grandioses et esthétiques, le sentiment de satisfaction et tranquillité que donne le devoir religieux accompli ; mais elles inspirent aussi des accès collectifs de sensualisme et de cruauté. Les poètes et les artistes de la Grèce classique et de la Rome impériale y trouvent pleine satisfaction; mais la mythologie ancienne ne satisfait plus le philosophe et l'homme d'Etat. Ceux-ci veulent retoucher les traditions pour ne leur faire produire que des émotions saines et utiles. Au contraire, pour les classes inférieures, le culte officiel est trop peu émouvant. Il faut à leur tempérament plus brutal des secousses plus violentes. Elles s'adressent aux rites orientaux et le culte d'Isis devient populaire.

Enfin, à ces émotions rituelles indéterminées, des religions plus sentimentales — et surtout la religion chrétienne — opposent les émotions déterminées, obligatoires et adaptent le culte à leur production. Le principal but de la religion est alors de produire des états affectifs particuliers. La glorification de la puissance divine, l'adoration est un devoir du cœur et non des lèvres. A chaque circonstance de la vie, à chaque jour de l'année correspond un état d'âme particulier que le fidèle doit plus ou moins partager. Le chrétien se réjouit de la naissance du Christ et de sa résurrection, souffre de sa passion et de sa mort, vit de la vie du saint dont il célèbre l'anniversaire. S'il a péché, le dégoût de sa faute joint à une certaine peur de l'enfer, ou plus efficacement une contrition plus parfaite provenant de l'amour de Dieu, lui rend sa pureté ancienne. Les vertus sont en majeure partie des sentiments ; les vices, des dispositions affectives condamnables. La religion chrétienne est une religion essentiellement émotionnelle, non seulement en ce que les émotions qu'elle suscite sont en nombre très considérable, mais en ce qu'elle l'est consciemment et savamment.

Il faut tenir compte de cette transformation dans le caractère affectif des religions. Elle est très importante pour l'histoire de la philosophie du Droit. D'une façon générale, les législations influencées par les dogmes et les rites purs sont formalistes ; elles sont, au contraire, psychologiques et subjectives quand le sentiment prédomine. Cela n'est toutefois qu'une indication approximative.

Parallèlement à l'émotion collective religieuse, l'émotion collective laïque intervient dans les législations. Il est difficile d'affirmer quelle est des deux la plus ancienne. On peut supposer qu'elles ont toujours coexisté. Quelle que soit la crainte que l'homme primitif ait eu de ses dieux, quelle qu'ait été l'incertitude des masses devant les problèmes juridiques qui se posaient à l'improviste, il est certain que le courant d'impulsion collective qui se produisit à l'origine des religions se produisait également dans d'autres occasions. Dans les procédures criminelles anciennes, la foule intervient pour se saisir du coupable, alors même qu'elle n'ose se prononcer sur la peine. Son rôle dans les assemblées judiciaires et politiques croît pendant de longues périodes avant d'entrer dans les périodes de décroissance qui précèdent nos Droits modernes.

Le patriotisme est une émotion collective et laïque, bien qu'il se soit dans l'antiquité appuyé sur la religion, et qu'il s'appuie de nos jours sur la réflexion personnelle. Car les peuples anciens n'étaient pas patriotes parce qu'ils avaient des dieux nationaux, mais ils avaient des dieux nationaux parce qu'ils étaient patriotes. De nos jours, on justifie l'attachement au sol natal, à l'unité politique d'un pays par des considérations pratiques et philosophiques ; mais les cérémonies patriotiques accompagnées de chants, de cortèges, de musique remuent plus profondément les masses et même les hommes cultivés qu'un traité sur le rôle et l'utilité des nations.

Religieuse ou laïque, l'émotion collective pure produit une morale analogue : une répulsion pour les actes publiquement

blamés, une attraction pour les actes publiquement admirés. Ces impressions personnelles, s'accordant avec celles des foules, ont une autorité qui s'impose à toute intelligence individuelle. On croit facilement qu'elles sont générales et absolues. Prouver qu'elles sont accidentelles et relatives équivaut à leur ôter une grande part de leur prestige. Le fameux argument de Droit naturel qui regarde certaines institutions comme de l'essence de l'humanité est l'expression de cette vieille morale qui nous régit d'ailleurs encore et que rien ne saurait remplacer complètement. Elle a laissé dans notre psychologie des traces assez nettes : notamment la peur de la responsabilité individuelle, qui suppose que l'individu laissé à lui-même craint — et souvent avec raison — de prendre une initiative qui ne s'accordera peut-être pas avec les impressions de la foule.

II. — *Emotions de sanction sociale.* — La sympathie sociale ne conserve son entier effet que pendant les réunions, les cérémonies où tous les individus vibrent à l'unisson. Lorsque le groupe se dissoud, chacun va de son côté et l'impression s'efface peu à peu. L'individu retourne à ses intérêts particuliers ; et si ses intérêts sont opposés aux intérêts généraux, le souvenir des impressions passées ne suffirait peut-être pas à le maintenir dans le droit chemin. Il faut que l'homme ait son gardien social qui le suive dans la vie privée et réglemente ses passions. Par hasard ou par instinct, religions et sociétés ont su le découvrir assez facilement. Ce gardien est le sentiment de gloire ou de honte, d'estime ou de mésestime qui rend agréable ou douloureux l'approbation ou le blâme de l'opinion, même lorsqu'ils ne sont pas ouvertement exprimés.

Cette morale peut s'exprimer ainsi : « Si je vole et qu'on le sache, j'aurai honte et la honte est pénible » ; ou sous sa formule religieuse : « Si je vole, Dieu le saura et j'aurai honte devant lui ». Ce dernier sentiment est évidemment plus efficace ; il suit l'homme où qu'il se transporte comme l'œil suivait Caïn, mais il suppose des croyances religieuses solides.

La formule laïque n'est pas une règle de conduite très

sûre. Elle n'empêche pas l'individu de faire ce qu'il veut, lorsqu'il est sûr de n'être pas vu. Elle ne défend pas de mal faire, mais — comme on dit — de se laisser prendre. Pour des groupes peu nombreux, homogènes et centralisés, elle est une force morale suffisante ; elle perd beaucoup de son efficacité chez les peuples mélangés ou dispersés sur de grands territoires. Aussi, dans les périodes de grande prospérité et de décadence, le respect social n'est plus suffisant pour diriger les mœurs.

Les moralistes, à l'égard du sentiment de honte et d'orgueil, ont pris deux positions différentes :

Les uns ont voulu le détruire pour lui substituer une morale plus élevée, plus rationnelle et plus complète. « Si tu veux parvenir dans les choses de la sagesse, disait Epictète, ne refuse point pour les choses extérieures de passer pour un imbécile et un insensé ». Celui qui suivait ce conseil, d'autant plus qu'il était vertueux et sage, ébranlait plus violemment l'autorité de la moralité traditionnelle. En bravant l'opinion pour bien faire, il rendait moins pénible le fait de braver l'opinion pour mal faire.

D'autres ont essayé de transformer le sentiment social en un sentiment subjectif, à faire de l'homme le spectateur et le juge de ses propres actes, à lui faire jouer à lui tout seul — lorsqu'il est nécessaire — le rôle du public qui acclame ou qui hue et de l'individu qui est acclamé ou hué. Ils ont pu essayer de faire reposer la morale sur une base unique : l'estime ou la mésestime qui provient des autres ou de la conscience. L'émotion qui émane de l'*Achtung*, de la considération, ou tout autre émotion analogue, peut ainsi servir à rendre vivants et efficaces les principes abstraits du devoir.

Mais ces divers systèmes sont à certains égards très artificiels. L'approbation sociale et l'approbation de la conscience n'ont en réalité aucune analogie. Elles ne provoquent pas l'émotion dans les mêmes organismes. Il y a d'ailleurs encore bien d'autres morales qui ont réglé et règlent la conduite des peuples civilisés.

III. — *Emotions de distraction sociale.* — Le désir de se distraire, le plaisir que l'on trouve au jeu, est un facteur important dans la formation du Droit, car le Droit est, par certains égards, un jouet comme un autre. L'homme s'amuse de tout, de la vie et de la mort ; rien d'étonnant à ce qu'il demande à ses institutions juridiques de le distraire. Entre les institutions, il choisit les plus amusantes ; il les change par jeu, s'en dégoûte par ennui. La politique, le Droit sont le roman vécu auquel chacun participe peu ou prou et qui, à défaut de tout intérêt, crée à tous un intérêt dans la vie.

Je n'aurais jamais osé, de mon autorité privée, émettre une pareille thèse, si je ne trouvais un solide appui chez un théologien anglais du XVIIIme siècle, W. Paley, archidiacre de Carlisle, dont les écrits de philosophie et de morale sont loin d'être suspects de misanthropie ou de paradoxe. C'est absolument sans ironie qu'il considère comme une des grandes qualités du régime parlementaire d'être le plus amusant pour le plus grand nombre de citoyens. Il n'est que simple spectateur, mais ne regrette pas les contributions qu'il paie à l'Etat et se considère comme largement rémunéré par le récit des intrigues, des discussions parlementaires, des révolutions. On lui en donnait pour son argent ; et, pour être juste, il faut reconnaître que, depuis lors, bien des parlements ont payé en émotions dramatiques ou grotesques ce qu'ils coûtaient au public et peut-être même les dépenses faites par les Etats. Le régime parlementaire est le régime le plus amusant. Les plus simples et les plus subtils y trouvent de quoi se distraire. L'interruption, le pugilat, l'insulte pour les uns ; l'infinie variété des manœuvres politiques et des combinaisons du règlement pour les autres. Le régime parlementaire a envahi le monde parce qu'il était amusant et il accomplira l'élaboration juridique tant qu'il amusera.

Ce n'est d'ailleurs pas un défaut, c'est une qualité. De tous temps, l'homme a eu grand besoin de distraction. L'église sut pendant des siècles amuser le fidèle en donnant à chaque jour de l'année son caractère spécial ; elle sut le distraire par le

culte, le prône, les mystères, et c'est le moment de sa toute puissance. C'est par des amusements, des fêtes patronales, l'exposition des coupables dans des attitudes ridicules, les charivaris, que les communes ont condensé leur autonomie et se sont créé un Droit et une morale collective. La distraction est à la base de toute organisation corporative. Presque partout où se produit une vie juridique un peu intense, il est facile de signaler l'amusement qui lui maintient sa vigueur.

On accuse les peuples en décadence de s'intéresser à des futilités. On reproche à Rome ses gladiateurs, à Byzance ses cochers bleus et verts. A vrai dire, la psychologie humaine ne varie pas beaucoup à cet égard. Mais, à certaines périodes, la foule est portée par elle-même ou par tactique politique des dirigeants à s'amuser hors du domaine juridique. Elle y traite alors gravement de choses futiles pour se reposer d'avoir traité futilement des choses graves. Les deux systèmes donnent d'ailleurs autant de bons que de mauvais résultats et l'historien se garde de moraliser à cet égard. Une chose reste certaine, c'est que les institutions sont presque toujours influencées par le penchant qu'a l'homme à se chercher des distractions et que ce n'est pas en soi-même un mal. Légitimement, le Droit a fourni et fournira longtemps aux populations au moins autant de distraction que la littérature.

Les émotions de distraction sociale sont d'ailleurs assez complexes. On ne s'amuse pas avec les institutions de la même façon aux diverses époques. Les plaisirs peuvent en être plus grossiers ou plus raffinés. L'élément récréatif peut affecter les organes législatifs, judiciaires ou exécutifs. Il peut faire corps avec le fond du Droit lui-même ou s'appliquer uniquement à la forme. Il mérite une description spéciale pour chaque instant de la civilisation.

L'imitation est également une émotion de distraction sociale. A proprement parler, l'imitation est un fait matériel qui peut avoir les causes psychologiques les plus diverses. L'importance exagérée qu'elle accordait à ce facteur dans l'ensemble de la sociologie n'était peut-être pas le plus gros défaut

de la théorie de Tarde, mais le défaut d'analyse de cette conception. On peut imiter pour bien des causes : après réflexion et calcul, avec certitude d'avoir sous les yeux le meilleur modèle ; sans conviction, pour éviter une responsabilité individuelle ; par entraînement, par timidité, machinalement et sans conscience précise de ce que l'on fait. A tous les degrés d'intelligence correspond un mode d'imitation. Elle peut être aussi affective. Il en est ainsi lorsqu'elle constitue non une pensée, mais un plaisir. Le fait de reproduire les gestes et les attitudes, le son de la voix d'autrui ou de les voir reproduire, peut donner, en dehors de toute idée d'utilité quelconque, une véritable satisfaction. Un grand nombre d'animaux aiment à imiter ; c'est un des grands plaisirs des sauvages ; les enfants se développent grâce à cette tendance, qui est loin de disparaître chez l'adulte civilisé. Réussir à faire soi-même ce que l'on a vu faire à autrui est une satisfaction d'amour-propre et il en est plus particulièrement ainsi lorsqu'on reconnaît — ouvertement ou non — la supériorité de ceux que l'on imite. Ainsi le nègre qui se coiffe d'un chapeau à haute forme, la paysanne qui va chez la modiste de la ville. Ainsi le prestige de la civilisation ou de la force, a plus d'influence sur la diffusion des institutions que l'imitation intellectuelle.

Dans ces cas, il n'y a pas un sentiment vraiment spécifique d'imitation. La vanité explique le plaisir que l'on éprouve à se faire semblable à autrui. Imiter pour le seul plaisir d'imiter, comme le singe, comme le perroquet, est aussi une tendance humaine. Une copie réussie nous est agréable à voir, même lorsqu'elle ne nous est pas personnelle. L'admiration du talent de reproduction est l'émotion esthétique la plus commune ; elle est une des bases de la psychologie artistique. Peut-on la rencontrer en psychologie juridique ? Un homme politique, un magistrat, un avocat doit une partie de son autorité au talent qui lui permet d'imiter un type social particulier. On l'admire d'autant plus qu'on le sait différent, par son caractère privé, du personnage qu'il représente. Ce goût du théâtre, le plaisir de voir bien imiter maintient les institutions, les rend chères

au peuple sans qu'il se doute de la cause de cette affection, tandis que le plaisir de voir contrefaire, caricaturer, reproduire en enlaidissant, est peut-être la force révolutionnaire la plus énergique.

Mais je crois qu'il serait exagéré de baser sur un tel sentiment, pour une époque quelconque, l'idée de justice et de devoir. Sans doute le talion est un acte d'imitation. Le juge imite le coupable, casse une dent si le coupable a cassé une dent, crève un œil si un œil a été crevé. Le débiteur qui paie sa dette imite le geste du créancier qui lui donna l'argent ; il l'imite même dans certaines législations avec beaucoup de fidélité, puisque les formalités pour se libérer sont identiques aux formalités pour contracter. Mais il est certain que ces divers personnages n'agissent pas ainsi pour le plaisir de répéter les mêmes gestes. Ils attendent un résultat précis d'un acte qui n'est pas pour eux de l'imitation, mais de la compensation. Ils veulent, non obtenir deux actes symétriques pour leur satisfaction personnelle, mais annuler un acte par un autre, détruire le semblable par le semblable. Il ne serait pourtant pas impossible qu'en descendant d'un degré dans la logique humaine, l'idée de guérir le semblable par le semblable ne put se ramener en fin de compte à une tendance primordiale de l'homme à l'imitation.

IV. — *Les émotions de contact social : Altruisme, Jalousie.* — « Aime ton prochain comme toi-même. Réjouis-toi de son bonheur, aide-lui à le réaliser. Souffre de son malheur, viens à son secours. » Ces préceptes, que l'esprit chrétien a répété et répète indéfiniment, expriment la charité, l'émotion morale altruiste. L'expression de la justice dans la même conception est ainsi formulée : « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse. »

Cette morale et cette justice altruiste exigent l'objectivisation d'un sentiment, c'est-à-dire le fait de se mettre en imagination à la place d'autrui pour en deviner les impressions. Cette opération est peut-être plus difficile par son côté négatif que par son côté positif. Pour compatir avec autrui, il faut

d'abord ne pas être absorbé par ses propres préoccupations. Si on n'a pas plus affaire, si on n'a aucune joie, aucun chagrin à exprimer, aucun intérêt à défendre, on est beaucoup plus accessible à la douleur d'autrui. La morale et la justice altruiste ont très vraisemblablement fait leur première apparition sous forme accidentelle, occasionnelle. Ce sont les désœuvrés du sentiment qui par caprice ont accompli ces actes de générosité et de grandeur d'âme qui sont classiques dans l'histoire. L'altruisme primitif est accidentel.

Il est également individuel. Certains êtres n'inspirent qu'horreur et mépris par leur physique, leur race, leur conduite. Leur adversaire n'a pas l'idée qu'il puisse y avoir à leur égard ni morale, ni justice. D'autres, plus favorisés, excitent la sympathie ou la compassion. La charité chrétienne suppose au contraire un minimum de bienveillance et de Droit pour tout être humain. Les principes énoncés par l'Evangile ne sont pas cependant ceux de l'universalité sentimentale. Dire que l'on doit aimer tous les hommes comme soi-même serait une insanité, car des centaines d'individus souffrent et meurent sans nous empêcher de dormir, tandis que la moindre indisposition nous donne le cauchemar. Aimer tous les hommes comme soi-même équivaudrait au suicide immédiat.

Tout se réduit à la question que posait au Christ un docteur de la loi : « Qui est mon prochain? » De la parabole du bon Samaritain, on peut conclure que le prochain est d'abord celui qui nous ramasse lorsque nous sommes tombés sur son chemin, et inversement que nous devons être le prochain de ceux qui tombent sur la route que nous avons à parcourir et que nous devons, dans un cas comme dans l'autre, faire abstraction de toute considération de classe et de race. L'altruisme évangélique est potentiellement universel, mais non réellement. Nous n'avons pas à nous occuper de ceux qui passent sur le chemin qui n'est pas le nôtre. Mais telle n'a pas été dans l'histoire l'interprétation théorique la plus répandue. Beaucoup ont prétendu que nous devons aimer tous les hommes, ce qui revient à dire que nous ne devons en aimer aucun, mais nous sacrifier

à tous, conclusion qui est faite pour révolter les cœurs positifs tout autant que les esprits positifs. Ce qui n'empêche pas l'humanitarisme universel d'avoir pris une part brillante au développement de la civilisation, mais il convient de le distinguer de l'humanitarisme à puissance universelle, car leur nature et leur influence sur les législations sont directement opposées. Le premier n'est plus du sentiment, il n'en conserve guère que les formules littéraires; il est surtout puissant chez les peuples et les classes en décadence. Il désagrège les petits groupes au profit de collectivités de plus en plus étendues. Il uniformise le Droit, le simplifie parfois heureusement, parfois malheureusement. Il est égalitaire en apparence, mais crée souvent des privilèges en faveur des éléments les moins intéressants d'une population. Le second a les caractères absolument inverses, il équilibre et régularise le premier. Il s'appuie sur des sentiments profonds et réels; il agit par émotion, au sens psychologique du mot. Il est très curieux que la plupart des reproches adressés par les esprits positifs à l'influence du sentiment dans les lois s'adressent non à la sentimentalité réelle, mais à l'humanitarisme universel, qui n'est au fond qu'une théorie.

Les deux altruismes ont d'ailleurs un même type de justice et de morale, qui est basé sur le plaisir ou la douleur d'autrui. On peut l'exprimer en ces termes : « Si je vole, je porterai à autrui un préjudice dont il souffrira, et l'idée de la souffrance d'autrui m'est pénible. » Toutefois, la dernière proposition n'est vraie que fictivement dans l'humanitarisme universel. La souffrance et la joie d'autrui ne réagissent plus effectivement sur notre organisme. Celui qui donne à manger à un pauvre, l'habille, peut se réjouir directement du plaisir qu'il cause; celui qui donne cent francs à une œuvre de charité sait que son argent fera du bien à quelqu'un, mais n'a aucune représentation concrète de ce bien et ne peut éprouver de ce fait aucune émotion.

Cette morale et cette justice humanitaire, qui apprécie les actions d'après le plaisir ou la douleur causée, s'impose par-

tiellement à tous et suffit à la pratique journalière d'un grand nombre de personnes d'une moralité déjà élevée. Ainsi tout le monde admet que voler un pauvre est pire que voler un riche, principe qui s'explique dans ce système particulier de morale, mais non dans les autres. Ce système, d'ailleurs, est loin de s'accorder toujours avec la morale abstraite; car là où la souffrance causée ne peut être qu'insignifiante, l'acte cesse d'y être condamnable. Il justifie cette maxime courante, mais fort critiquable, que voler quelqu'un de très riche, voler l'Etat, n'est pas voler.

L'homme, en vivant avec son semblable, n'a pas appris seulement à l'aimer. En lui s'est aussi développé un sentiment sur lequel l'optimiste jette habilement un voile, mais que l'historien et le psychologue sérieux ne peuvent ignorer : la jalousie. Les animaux sont jaloux les uns des autres : les chiens se disputent les os qu'on leur jette, les caresses de leur maître. Quelques moralistes voudraient nous faire croire que l'homme tient cette mauvaise tendance de son animalité, qu'il la perd peu à peu en se civilisant et s'en débarrassera définitivement dans l'avenir. C'est exactement le contraire de la vérité. La jalousie animale est simple, rudimentaire, accidentelle; elle est dans le cœur humain complexe, savante, continuelle. Ce n'est qu'une des couleurs qui par leur juxtaposition donneraient un tableau de la réalité sentimentale dans la société; elle y est pourtant si répandue, qu'elle colore les grandes lignes de presque toutes les institutions.

L'homme est plus jaloux que l'animal, pour la bonne raison qu'il a beaucoup plus de choses à jalouser. Il doit être jaloux de tout ce qu'il a, pour le défendre, et de tout ce qu'il n'a pas, pour chercher à l'acquérir. Ce qu'il désire et ne peut avoir lui laisse le cœur plein d'amertume. Les choses qu'il désire sont en nombre incalculable et de toute nature : des objets matériels et incorporels, des êtres objectifs et des impressions subjectives, des bonnes choses et des mauvaises choses. Chaque fois qu'il s'enrichit en argent, en industrie, en morale et en intelligence, il acquiert de nouveaux motifs de regarder son voisin

avec méfiance et de ne s'en approcher qu'avec précaution. Il n'est plaisir si pur, idéal si désintéressé que l'on ne cherche à s'enlever et que l'on ne risque de se voir enlever. Un proverbe espagnol prétend qu'un chien de jardinier ne voulait pas manger, mais ne voulait pas que les autres mangent. C'est de la jalousie humaine que l'on prêtait à ce pauvre animal, de la jalousie humaine, sentiment complexe, perfectionné par le contact social, où l'instinct de la conservation ne joue plus guère aucun rôle. Pour mieux le comprendre, on peut le distinguer en trois types :

La jalousie proprement dite, la crainte de perdre les biens auxquels nous tenons ; l'antipathie méfiante contre tous ceux qui peuvent nous les enlever.

L'envie simple, le désir de prendre à autrui ce qu'il a et ce que nous n'avons pas.

Enfin l'envie haineuse, le désir de détruire en autrui ce qui le rend heureux, sans profit personnel.

A ces trois sentiments correspondent trois forces sociales :

Proud'hon l'a dit : « La démocratie, c'est l'envie.» Cette proposition est incontestable, à la condition d'ajouter : « L'aristocratie, c'est la jalousie. » Quant à l'envie haineuse, elle est l'apanage des anormaux, des déclassés, de ceux qui partis d'en haut sont tombés très bas, qui partis d'en bas tardent à monter assez haut. Les démocraties s'insurgent dès que la part du gâteau est un peu plus forte pour l'un que pour l'autre ; les aristocraties — dans le sens très large que ce mot est susceptible d'avoir — font la garde autour de leur situation, comme le vieux mari autour de sa jeune femme. Tout nouveau venu leur est un suspect qui veut dérober quelque chose de leur fortune ou de leur considération. Les envieux haineux sont plus isolés, mais leur action sociale est la plus énergique. Les types en abondent dans l'histoire.

Bien entendu, cette classification des classes par leur mauvais côté ne nous autorise en rien à mépriser les unes ou les autres. Nous indiquons simplement un de leurs attributs psychologiques entre beaucoup d'autres.

Heureusement, cette multiplicité des occasions de jalousie a également son bon côté. Les unes nous reposent des autres; elles se combinent, se combattent, s'équilibrent. Il n'est être si proche ou si étranger avec qui nous ne rivalisions dans une certaine mesure. Le mari par rapport à sa femme, les frères et sœurs entre eux, les parents par rapport à leurs enfants, sont jusqu'à un certain point des adversaires. Chacun tient à jouer un certain rôle dans la vie familiale et craint de se voir effacé ou délaissé par suite d'un trop grand succès de celui qu'il aime le plus. En tant qu'individu, nous pouvons jalouser nos plus proches parents; en tant que membre d'une famille, la famille voisine; en tant qu'habitant d'une ville, les habitants des autres villes; en tant que citoyen d'une nation, les citoyens des autres nations; en tant que blanc, les nègres et les jaunes. Ainsi, notre psychologie contient un nombre incalculable de cercles de jalousie à petit rayon et à rayon immense. Mais suivant les périodes, suivant les institutions, suivant les événements politiques, les cercles excentriques, les cercles moyens ou les cercles concentriques se chargent, chez un peuple ou chez une classe, de méfiance et de haine. La répartition de la passion jalouse n'est jamais la même à deux moments de l'histoire; elle contribue plus que tout autre élément psychologique et même matériel à caractériser une civilisation.

La jalousie n'est pas un mal lorsqu'elle n'est pas exagérée, c'est-à-dire lorsqu'elle est suffisamment répartie et ne se concentre pas sur un point. C'est peut-être même un facteur de vie et de progrès, pourvu que la circulation en soit régulière. Aussi faut-il se méfier des rêves de fraternité universelle qui risquent fort de congestionner les organes sociaux les plus intimes de toute la méchanceté que l'on chasse des extrémités. Observez bien un philanthrope et vous découvrirez toujours le cercle sur lequel il fait porter son humeur et ses rancunes; car l'homme le meilleur n'est pas parfait, et on peut se demander si ce serait être parfait que d'être exempt de toute jalousie.

On a fait dans les cliniques de fous ou de détraqués des

études partielles sur cette émotion. La jalousie amoureuse en est un type des plus fréquents; ce qui paraît caractéristique de la maladie cérébrale, ce n'est peut-être pas l'intensité du sentiment, car le jaloux pathologique n'a pas toujours un violent désir de conserver celle qu'il aime, ni l'extravagance des soupçons, car le jaloux ne raisonne pas toujours mal, mais la concentration de toute une passion sur un seul objet. L'idée fixe ou plutôt l'émotion fixe est le symptôme et peut-être l'agent de la lésion cérébrale, car la jalousie folle du mari par rapport à sa femme se guérit par la séparation, c'est-à-dire en dispersant ses idées et ses émotions par de nouvelles occupations. La vie sociale nous a fait irritables, méfiants et douloureusement impressionnables par le succès d'autrui. Disséminés, ces sentiments sont facilement domptés, restent inoffensifs et peuvent même passer inaperçus de notre propre conscience. Concentrés sur quelques objets, ils peuvent nous conduire à la méchanceté ou à la folie.

V. — *Emotions morales et juridiques pures.* — La vue du bien et du mal, de la justice et de l'injustice peut éveiller en nous des émotions diverses dont nous venons d'indiquer les principales. Chacun a sa morale; chacun a sa justice. L'enthousiasme religieux ou populaire, la honte devant Dieu ou devant les hommes, la peur du ridicule, l'amour du prochain et le désir de lui épargner une souffrance, peut-être même encore l'équilibre des jalousies forment tout autant de systèmes sentimentaux de morale et de philosophie juridique. Quoique indépendants les uns des autres par leur nature et leur logique, ils se combinent le plus souvent dans la vie pratique.

Existe-t-il un sentiment spécifique du bien et du juste qui puisse être nettement distingué de tous ceux que nous avons précédemment énumérés. Pour diviser la question, peut-on définir un pareil sentiment, en constater l'existence dans le cœur d'un certain nombre d'êtres humains?

Aimer le juste pour le juste, c'est aimer non un principe, mais une abstraction, c'est-à-dire non pas un système complet

de logique, et toutes les conséquences qui en découlent, mais une forme plus ou moins vague qui contient agglomérés des faits de la vie concrète. L'homme peut-il aimer une abstraction? Certainement; car elle représente une masse de choses indéterminées dont chacune peut avoir un caractère émotif. Les généralisations de notre esprit, les classifications qui en résultent, ne servent pas uniquement aux opérations intellectuelles; les passions parlent le langage abstrait que l'intelligence élabore. L'insulte place l'être détesté dans la catégorie des choses détestées; et la louange l'être aimé dans la catégorie des choses aimées. Sentir qu'un acte est bon ou mauvais, c'est projeter l'émotion générale et abstraite sur un objet particulier, c'est faire une déduction d'émotion. Dans les sentimentalités plus primitives, on traite son ennemi de brute, de chien, termes plus concrets, qui n'en sont pas moins des abstractions et des généralisations d'impressions odieuses antérieurement éprouvées. Il est désagréable d'être appelé « chien », parce que parmi les caractères du chien il en est de répugnants dont l'homme s'est formé une impression pénible. Cette impression se réveille par l'insulte, sans qu'il soit nécessaire de réfléchir longtemps à ce que la comparaison d'un homme ou d'une bête peut avoir de désobligeant. L'injustice est une synthèse affective de même nature. L'expérience personnelle nous a donné ce pouvoir de douleur et de révolte contre tout ce qui peut réveiller cette émotion abstraite que nous reconnaissons sans nous souvenir de toutes les occasions où nous l'avons ressentie. On aime le juste pour le juste lorsqu'on est heureux ou malheureux d'un acte pour la seule raison qu'il flatte ou offense la synthèse juridique d'une existence.

Comme les individus et les peuples n'ont pas la même expérience, le contenu du sentiment de justice est essentiellement variable. L'un peut fort bien condamner ce que l'autre approuve. L'injustice n'en a pas moins pour tous le même caractère d'être une « inégalité révoltante ». L'émotion de justice pure est donc un plaisir d'harmonie, d'égalité, de pro-

portion; mais les circonstances dans lesquelles on peut l'éprouver sont loin de se ressembler dans le cours de l'histoire. Pour les inégalités humaines, les unes paraissent naturelles, nécessaires, heureuses, d'autres au contraire funestes, révoltantes. Personne au monde n'est absolument égalitaire, absolument inégalitaire de théorie ni de tempérament, de telle sorte que les combinaisons peuvent être infinies. On peut toutefois, dans le domaine juridique, distinguer trois types de sentiment de justice :

Il est des peuples et des individus pour qui la violation de la loi est douloureuse, quel qu'en soit l'auteur et quelle qu'en soit l'importance pratique. L'obligation d'obéir aux lois est une première égalité juridique. Les textes peuvent d'ailleurs traiter les uns beaucoup plus favorablement que les autres; l'esprit public ne se révolte pas contre cette inégalité de traitement. On s'indignerait au contraire de voir un personnage, pour si haut placé qu'il soit, mépriser les institutions. On ne verra pas chez ces peuples, en temps de chasse prohibée, figurer du gibier sur les menus des banquets officiels. Cet amour de la légalité, ce respect général et obligatoire des lois repose sur une première conception d'égalité. Nous l'appellerons le sentiment de justice légal.

Quand les auteurs anglais affirment qu'ils souffrent de toute violation de la loi, sont heureux de toute preuve de respect à son égard et qu'à cela se borne leur conception de la justice, on doit se borner à enregistrer cette manifestation spéciale de la sentimentalité juridique sans la condamner, ni l'approuver. Le sentiment juridique proprement dit, celui qui affecte le jurisconsulte lorsqu'il voit bien juger ou mal juger, se rattache également à la légalité émotive.

La justice intralégale se satisfait en trouvant l'égalité dans la loi. Tout privilège la blesse; elle se réjouit de voir tous les citoyens soumis aux mêmes prescriptions. Mais elle se désintéresse du parti que chacun saura tirer des textes; tant mieux, pour les habiles; tant pis, pour les maladroits. Ceux-ci se ruinent par suite des mêmes prescriptions qui font la fortune

des autres. Il n'y a là rien de choquant, puisqu'ils n'ont qu'à faire comme ces autres.

Enfin la justice est ultra légale lorsqu'elle voit dans le Droit un instrument pour établir dans une certaine mesure l'égalité de fait entre les citoyens d'un pays. Pour organiser l'égalité par la loi, elle est obligée bien souvent de la supprimer dans la loi, et le fait de sangfroid sans aucun remords.

Il ne nous appartient pas de discuter si un de ces sentiments de justice pure est supérieur aux autres. Ils sont tous les trois très anciens dans l'histoire et paraissent avoir coexisté. Ils ne représentent pas les uns par rapport aux autres des formes perfectionnées d'une même tendance. Tout homme, tout peuple, toute époque peut se révolter d'une violation de la loi, d'une injustice dans la loi, d'une injustice par la loi. Mais individus, nations et générations sont très diversement impressionnables par ces divers types d'iniquités.

Toutefois une affection ne saurait remplacer une théorie mathématique. Ceux qui ont le plus « faim et soif de la justice » accomplissent dans le cours de leur vie des actes qui se contredisent les uns les autres et ne peuvent pas se justifier par le même principe. Dangereux sont ceux qui croient à l'association parfaite et définitive de leur logique et de leur passion. Dangereux, mais excusables, d'autant plus excusables que presqu'aucun philosophe du Droit ne les avertit des différences radicales, essentielles, éternelles qui séparent le sentiment de justice le plus parfait de l'idée de justice.

Celle-ci est complète et systématique, celle-là incomplète et irrationnelle. L'une est toujours à notre disposition ; l'autre ne l'est qu'accidentellement. Les principes généraux du Droit peuvent jusqu'à un certain point être formulés dans des livres où on va les chercher quand on en a besoin. Nous ne pouvons pas aussi facilement interroger notre enthousiasme ou notre indignation pour donner raison à un plaideur et tort à son adversaire. C'est déjà très joli de pouvoir quelquefois dans le cours de sa vie prêter l'ensemble de ses nerfs à une idée abstraite, de se donner physiquement tout entier à une cause où l'on n'a

rien à perdre ni à gagner. Mais cela ne se recommence pas tous les jours d'une façon régulière; c'est physiologiquement impossible. Une injustice légère peut nous exalter un moment; quand notre système nerveux sera fatigué, une injustice beaucoup plus grande nous laissera complètement indifférents. Principes en main, nous pouvons au contraire indéfiniment et à tout instant apprécier chaque acte à sa valeur respective.

Il y a sentiment du juste dès que la lésion de la conception abstraite que chacun peut en avoir est douloureuse, quelle que soit la nature de cette conception. Il ne saurait y avoir un autre critérium. Aucun être humain n'est régulièrement affecté de ce qui est logiquement injuste. Les cas dans lesquels on réagit ou reste insensible sont réglés par le hasard et ne peuvent nous être d'aucune utilité théorique.

Il ne faut pas croire non plus que le sentiment de justice pure soit nécessairement désintéressé. Dans la réalité, nous nous révoltons contre un passe-droit, lorsqu'il lèse nos intérêts, beaucoup plus énergiquement que lorsqu'il s'agit des intérêts d'un autre. Il n'y a sans doute aucun mérite à se plaindre d'un préjudice personnellement souffert. Mais il ne s'agit pas d'une question de mérite; nous voulons uniquement apprécier objectivement un degré de développement affectif. L'homme contemporain de valeur morale moyenne, sans vouloir le flatter, ni le dénigrer, est susceptible d'émotions juridiques pures, mais les éprouve presque toujours lorsqu'il s'agit de son propre intérêt. On le voit soutenir des mauvais procès, des procès douteux et des bons procès. S'il les perd, son indignation ne sera pas uniquement proportionnée au préjudice souffert. Il est des cas où il reconnaît au fond de lui-même qu'on a eu raison de le condamner; dans les cas douteux, il approuve de plein cœur toutes les dispositions, toutes les interprétations qui lui sont favorables, et il les approuve sincèrement, non pas dans son seul intérêt, mais pour tous les autres; il lui est beaucoup plus difficile d'éprouver la part d'équité que peuvent contenir les arguments de son adversaire. Tant qu'il croit avec raison ou par illusion qu'à la place de son adversaire, il ne

contesterait pas le droit qu'il réclame, le moral reste irréprochable, même si l'intelligence est en défaut. Enfin, si l'injustice à son égard est flagrante, il se révolte avec une violence toute particulière, dont il faut attribuer une bonne part à la conscience très nette qu'il a de la violation des principes.

Jhering a fort bien établi qu'il y a autre chose que l'intérêt dans la lutte pour le Droit. Il a peut-être eu le tort de vouloir ramener ce surplus d'excitation morale à une réaction contre une offense personnelle. Nous réclamer plus que nous ne devons, nous donner tort quand nous avons raison, est une façon de nous mépriser. On comprend que pour effacer cet affront nous entreprenions une lutte juridique dont l'intérêt pécuniaire n'est plus que l'objet et non le motif. Ainsi interprétée, la lutte pour le Droit serait toujours une simple question de vanité souvent bien mal placée et n'aurait que peu d'intérêt psychologique. Dans la réalité, il est des injustices qui ne peuvent pas être interprétées comme des offenses et n'en sont pas moins révoltantes. Je veux engager un procès, croyant avoir mille fois raison, et mon avocat m'affirme que la jurisprudence m'est contraire et m'engage à y renoncer. Il n'y a rien là qui puisse être offensant à mon égard; et pourtant je pourrai m'indigner de cette jurisprudence et la considérer comme inique et odieuse.

L'homme moyen moderne est d'ailleurs capable de sentir ce qu'il y a de mal à violer le droit d'autrui, même à son propre avantage. Les gens les plus malhonnêtes éprouvent une certaine gêne à mal agir. Mais la joie du profit dissipe cette impression et les console de l'atteinte à leur idéal. A vrai dire, le sentiment de justice est par lui-même toujours impersonnel et désintéressé, mais il s'augmente ou s'atténue par les sentiments personnels et intéressés. On est obligé avant tout de se défendre soi-même et ceux que l'on aime. Concentrer notre attention à réclamer notre droit est une obligation, presqu'un devoir; car si nous ne le faisons pas, personne ne le fera à notre place. Certains principes juridiques supposent que chacun a l'initiative suffisante pour réclamer

son dû. Ainsi, dans beaucoup de procédures, le juge ne peut accorder plus que ce qui a été demandé. On ne peut guère avoir la discrétion de calculer exactement ce que l'on doit réclamer. On demande le plus pour avoir le moins, et si on obtient le plus on le conserve sans remords. Quant aux affaires des autres, sauf dans des cas exceptionnels, il est de principe qu'on ne doit pas s'en occuper.. Il y a plus d'inconvénients que d'avantages à introduire le sentiment public dans les affaires privées. De telle sorte que dans les sociétés modernes, les occasions égoïstes de ressentir le juste et l'injuste sont infiniment plus nombreuses que les occasions altruistes.

Au point de vue psychologique, l'équité émotive reste toujours identique à elle-même. Elle est apparue dès sa plus humble origine sous forme d'une affection abstraite; il peut y en avoir de telles chez les hommes les plus inférieurs, sinon les injures ne seraient pas offensantes. Au point de vue moral et utilitaire, elle ne prend sa vraie grandeur et son importance sociale que lorsqu'elle devient capable de vaincre tout autre sentiment, d'obliger l'individu d'agir de lui-même contre son propre intérêt, plutôt que d'offenser son idéal. Celui qui réclame cent mille francs parce qu'il en a le droit, peut être le même que celui qui les rend parce qu'il n'a pas le droit de les garder. Nous l'admirons dans ce second rôle et non dans le premier. La cause psychologique des deux actes peut être identiquement la même. Ne peut-on penser que la justice doit conserver sa fonction première, pour développer sa fonction seconde qui est incontestablement la plus belle et la plus bienfaisante?

VI. — *Sentiments politiques et d'utilitarisme idéal.* — L'homme de demain aura-t-il un sentiment de la justice plus pur, plus conforme aux principes, plus désintéressé que l'homme d'aujourd'hui? Pour ce demain à date incertaine où le roi, l'âne et moi seront tous les trois très certainement morts, on ne risque pas grand'chose à prophétiser. Je m'en garderai toutefois; pour moi, l'avenir du sentiment de justice

abstraite est chose contingente, qui ne peut pas actuellement être calculée.

Très certainement, par le fait que les moralistes l'étudient de plus près, dans sa nature psychologique, dans sa justification métaphysique, dans ses applications pratiques, par le fait qu'ensuite de cet effort, elle répand de plus nombreux bienfaits en faveur d'un plus grand nombre d'individus, l'équité pure doit devenir plus active dans la psychologie humaine. Elle le deviendrait sans son ennemie irréconciliable : l'utilitarisme idéal, qui détruit en peu de temps l'œuvre de plusieurs siècles et oblige la pratique du juste à parcourir indéfiniment le même cercle vicieux.

L'utilitarisme idéal se rencontre chez des individus et des nations de la plus haute valeur morale, chez des personnalités qui sont autant que les Aristides des bienfaiteurs de l'humanité. Il serait difficile de condamner ce sentiment d'une façon absolue ; d'ailleurs cela ne servirait à rien. Mais il est nécessaire pour la compréhension de l'histoire d'indiquer pourquoi les deux sentiments sociaux les plus nobles et les plus respectables ont toujours été en hostilité et le resteront dans l'avenir.

Si tous les hommes qui sont sur la terre pouvaient, le même jour, à la même heure, atteindre la même valeur morale, et le lendemain progresser d'un degré et ainsi de suite, rien ne ferait obstacle à ce que le règne de la justice devînt bientôt absolu. Malheureusement la réalité rassemble dans les mêmes périodes et parfois sur les mêmes territoires des êtres inégaux en hauteur intellectuelle et affective. Les meilleurs sont par définition les plus justes, mais peuvent-ils le rester ? Leur fonction la plus noble est d'attirer à eux l'humanité retardataire, de se poser en exemple, de protéger leurs conceptions ; c'est à dire de se protéger eux-mêmes, de se mettre eux-mêmes au premier plan, car s'ils disparaissent ou restent dans l'obscurité, leur idéal partagera leur sort et le monde sera pire. Leur devoir est de triompher, car la justice qui est en eux triomphera de leur triomphe. Mais pour vaincre et se main-

tenir, il faut faire usage de toutes les armes, même des moins recommandables et la victoire qui monopolise au profit de quelques-uns seulement la direction de la destinée n'est pas une victoire juste. La justice consiste à laisser à chacun sa place au soleil et le droit de se développer par lui-même. Or le triomphe des meilleurs dépouille les autres de ce droit. Par suite, le juste qui triomphe n'est plus un juste. Il a compromis l'idéal qu'il voulait sauvegarder. C'est pourquoi le mot qu'un député français lançait dans le vacarme d'une séance mouvementée. « En politique, il n'y a pas de justice », est un principe d'une vérité inéluctable.

Et nous parlons ici de politique dans son sens le plus élevé : la poursuite d'un avenir de grandeur morale et de prospérité matérielle au profit de tous, qu'il s'agisse de politique mondiale, continentale, nationale, intérieure, le politicien de la plus haute envergure doit ravilir son idéal pour le sauver, être cruellement inflexible au nom de l'humanité, arrêter des gens au nom de la liberté, commettre régulièrement des iniquités au nom de la justice. Il doit être utilitaire tout en étant idéaliste ; c'est-à-dire connaître les moyens pratiques de réaliser ses conceptions ; et ces moyens pratiques sont loin de pouvoir être toujours très honorables.

On a fait récemment une étude approfondie et tout à fait impartiale du sentiment impérialiste qui se manifeste à l'heure actuelle dans les pays les plus prospères. Les écrits et les discours des plus illustres champions de l'impérialisme, des Chamberlain, des Roosewelt, des Kipling, en sont les sources. On ne peut se méprendre sur leur pensée et sur la logique de leur système. Ils ne croient pas que tous les peuples même civilisés soient destinés à collaborer au même titre aux progrès de la civilisation. Ils pensent que certaines races, certaines nations — leur race, leur nation — doivent avoir la prépondérance commerciale et morale. Ils veulent pour leur pays la domination universelle. Ils la veulent non pas seulement dans un but d'égoïsme national, pour s'enrichir eux et leurs concitoyens, mais par amour pour la supériorité qu'ils

représentent et dont ils veulent faire profiter l'humanité entière. C'est pour eux un devoir de triompher, d'absorber en eux les destinées du genre humain. La mission est brillante; elle ne va pas sans exiger abnégation, sacrifice, travail ardu de la part du peuple dirigeant.

On comprend qu'obligés à être durs envers eux-mêmes, les impérialistes sentimentaux ne se proposent par d'être très doux envers les autres. Ils sauront remplir leur devoir avec humanité, mais sans faiblesse. On sait à quoi cette formule correspond dans toutes les pratiques. Il convient d'abord d'être impitoyables envers ceux qui viendraient se mettre au travers de la route: il est également impossible d'écouter les réclamations des peuples inférieurs qui prétendraient avoir le droit de se gouverner eux-mêmes, de croupir dans leur pauvreté. leur vice ou leur ignorance. C'est dans leur propre intérêt qu'on les secouera un peu.

Ces sentiments sont souvent très sincères et très honorables pour ceux qui les éprouvent. Mais ne sont-ils pas aux antipodes des sentiments de justice abstraite et déjà bien loin de l'émotion altruiste pure qui nous fait participer au chagrin d'autrui et lui être pitoyable autant qu'il est possible.

Si de telles doctrines exprimaient une boutade de théoricien, un accès d'orgueil de peuples enivrés de prospérité, une manœuvre politique d'hommes d'Etat poursuivant un but intéressé, leur importance philosophique ne serait pas considérable. On peut s'étonner de l'entière franchise avec laquelle sont exprimées des pensées gênantes à énoncer devant le public international, de l'absolutisme de ce sentiment impérialiste qui envahit la conscience entière de certains groupes, mais on ne peut nier que l'utilitarisme idéal agisse aussi à un certain degré chez ceux qui ne l'avouent pas ou ne croient pas en être possédé. Il faut en effet remarquer que ces déviations vers l'injustice des âmes les plus généreuses parce qu'elles sont généreuses se présentent tout aussi bien dans la sentimentalité nationale et dans la sentimentalité de politique interne. Macchiavel conseillait au prince qui voulait la pros-

périté de ses Etats l'usage habituel du meurtre et de la traîtrise. Dans la politique intérieure de tous les temps, et — à des degrés très divers d'ailleurs — de tous les pays, les partis vainqueurs s'autorisent de ce qu'ils sont les meilleurs pour commettre à l'égard des vaincus les passe-droits nécessaires. Ils légitiment tous leur conduite par la même argumentation. « Notre devoir, notre seul devoir est de triompher par tous les moyens, non dans notre intérêt personnel, mais pour l'idéal que nous représentons et l'avenir de l'humanité. » Il est tout à fait inutile de donner des exemples. Le plus médiocre historien peut sans aucun aide choisir dans le tas.

Quelle est la conséquence pour la marche de l'histoire de cette lutte entre la justice émotive et la sentimentalité utilitaire ? Les masses apprennent par l'expérience de la vie, par les leçons des juristes et des philosophes, à connaître jusque dans les détails ce qui doit revenir aux uns et aux autres. Ils sont heureux de voir s'appliquer les règles qui leur sont chères. Ils aiment la justice comme s'il s'agissait d'une personne en chair et en os ; lorsqu'on n'obéit pas à ses ordres. il leur semble qu'elle a subi un outrage et ils en sont révoltés. Mais un beau jour le hasard de la vie les met en présence de groupes inférieurs n'ayant qu'un idéal plus grossier. Que deviendrait leur déesse en de pareilles mains ? Pour la sauver, ils n'hésitent pas à sacrifier les notions d'ordre, de tolérance, d'équité, tout l'abstrait moral péniblement acquis. Ils espèrent d'ailleurs que l'ère d'injustice n'est que transitoire et qu'ils pourront reprendre bientôt le culte interrompu. Il est impossible d'affirmer qu'ils ont tort ou qu'ils ont raison.

Si on le juge d'après ses résultats, l'utilitarisme sera bon ou mauvais suivant les circonstances ; il peut aboutir à une perte sèche ou à un profit moral. La supériorité du peuple ou du parti qui veut à tout prix diriger peut être illusoire ; elle peut être incontestable mais partielle, — les Américains sont par certains traits de caractère incontestablement supérieurs aux continentaux, incontestablement inférieurs sur certains autres, — elle peut être générale, mais faible en degré. Dans ces trois

cas, celui qui triomphe par les voies injustes n'est pas en mesure de restituer l'équivalent de ce qu'il a détruit. Il amoindrit l'humanité quelquefois d'une façon définitive.

Il peut arriver au contraire que l'idéal à sauver ait une telle valeur que même imposé par la force contre le Droit, il réalise un progrès. La supériorité d'un peuple, d'un parti, peut être si grande que sa disparition serait le plus grand malheur de l'humanité. Peut-être y a-t-il des gens dont il serait heureux d'acheter la prédominance aux prix des sentiments d'équité et de liberté. Ces précieuses abstractions peuvent ne pas pouvoir nous fournir autant de profit que la direction de certains penseurs. Si chacun savait se juger à sa juste valeur, impérialisme, raison d'Etat, tyrannie politique, toute forme d'utilitarisme idéal serait bienfaisante. Par malheur, comme chacun, de la meilleure foi du monde, s'apprécie plus qu'il ne vaut, exagère sa supériorité et l'infériorité de son voisin, attache à ses idées une importance exagérée, le sentiment qui nous pousse à faire le bonheur du monde est plus nuisible qu'utile. Mais comme il n'existe aucun moyen de le supprimer, qu'il se manifeste chez les êtres les plus perfectionnés, on doit avouer que l'idéal humain de justice est loin d'avoir devant lui la route large et belle. S'il a en lui la force pour faire le chemin, il a un dangereux compagnon de route qui, selon les circonstances, l'aidera ou lui jouera quelque mauvais tour. Et comme nous ne connaissons pas ces circonstances et que personne ne les connaît, nous nous abstiendrons de parler de la justice de demain.

§ 8. — **Influence de la sentimentalité sur le Droit.** — Ainsi la sentimentalité pénètre le Droit de toutes parts. Est-ce un bien ? Est-ce un mal? Vaudrait-il mieux que la logique ne fût jamais une passion, mais un syllogisme dont le développement serait mécanique et régulier? Peut-on concevoir un Droit qui serait uniquement raison et logique? Parmi ceux qui s'occupent de législation, établissent des projets de réforme, on traite les uns de sentimentaux, les autres d'esprits secs et positifs. Ces mots ont-ils un sens en notre matière?

Dans la détermination du but juridique, le rôle du sentiment paraît principal et nécessaire ; il semble que rien ne puisse le remplacer. Si nous avons la plus complète indifférence du présent et de l'avenir, il nous est tout à fait inutile de faire des lois. Il nous faut savoir ce qui nous plaît avant de chercher les moyens de le réaliser. Les buts juridiques sont tous d'origine sentimentale.

Mais ils ne sont pas tous sentimentaux. On peut se proposer par le Droit de satisfaire une affection ou de réaliser un idéal. L'idéal fut un sentiment, mais il ne l'est plus; c'est un sentiment éteint. Il est devenu idée, principe ; il appartient à la vie intellectuelle. « Nul ne doit être puni pour la faute d'autrui, » voilà une formule dont l'origine est affective, mais qui peut être traitée comme un axiome géométrique quelconque. L'idéal peut ne pas être approuvé par celui qui par son activité le fait triompher. Ainsi le juge et le jurisconsulte doivent, selon moi, chercher les buts juridiques contenus dans les textes sans les apprécier. Même le législateur peut admettre des idéals qui ne lui paraissent pas très élevés. Parmi ceux qui ont établi le divorce, beaucoup ne se souciaient pas d'y avoir recours pour eux-mêmes. Dans la confection des lois et la pratique du Droit, certains esprits préfèrent se guider d'après des sentiments, d'autres d'après des idéals qui sont des formules précises, exemptes des vices de la logique émotionnelle.

Les deux tempéraments se révèlent encore par d'autres tendances.

Il n'est pas un texte de loi qui n'ait une cause sentimentale, mais elle peut en être plus médiate ou plus immédiate. L'individu très sentimental tient à ce que le texte soit la manifestation directe de ce qu'il ressent, le soulage par ses expressions même de l'injustice qu'il rencontre dans la vie. Il risque de compromettre l'avenir de ceux qu'il aime par des manifestations intempestives de ses sentiments.

Les enfants naturels sont nés d'une faute qui n'est pas la leur. Est-il juste qu'ils en souffrent? Nous serons tentés avec Alexandre Dumas de crier honte et malédiction à qui voudra

leur tenir compte de leur tache originaire. Par suite, dans la succession de leur père, nous désirons leur faire une part égale à celle qu'ils auraient eue s'ils avaient été légitimes. Mais si nous agissons ainsi et faisons une loi complètement en leur faveur, peut-être que bien des pères illégitimes hésiteront devant une reconnaissance qui engage sérieusement leur avenir, et tel bâtard qui aurait été reconnu sous une loi plus dure ne le sera pas sous une loi plus débonnaire. Nous aurons exprimé dans la loi de très humaines intentions ; nous aurons en réalité porté préjudice à ceux que nous voulions favoriser.

Ainsi se caractérise le juriste sentimental de la catégorie inférieure. Il veut avant tout s'épancher. La loi est l'exercice par lequel il soulage ses nerfs. Son cœur lui confie toutes ses délicatesses. Mais il est souvent plus nuisible qu'utile aux intérêts qu'il veut servir.

Des êtres plus cultivés sont aussi de meilleurs calculateurs. Ils sauront contenir leur réaction émotive et choisir les moyens les plus favorables de les satisfaire. La mule du pape calcula sept ans son coup de pied. L'homme pratique imite la mule à cet égard. La réflexion éloigne jusqu'au moment opportun ce que l'émotion voudrait rapprocher, de telle sorte que le but sentimental de la loi peut être situé très près ou très loin du texte.

En matière de consentement des parents au mariage de leurs enfants, convient-il d'être rigoureux ou libéral ? Les uns s'intéresseront plus paticulièrement au résultat du roman qui met en opposition des amoureux et les parents qui voient leur union d'un mauvais œil ; un autre s'occupera moins du chagrin immédiat que pourront avoir le héros et l'héroïne. Il se demandera : pour que le mariage soit heureux et durable, l'influence des parents est-elle bonne ou mauvaise ? D'autres encore pourront négliger le bonheur individuel. La constitution de la famille est importante pour la prospérité d'une nation et c'est à ce titre qu'ils s'intéresseront à elle. Quelles sont les nations les plus prospères, celles où les enfants se marient avec indépendance ou celles où ils restent soumis le plus

longtemps à l'autorité de leurs parents? La prospérité d'une nation est un but sentimental, car elle ne saurait avoir d'intérêt que par les plaisirs qu'elle procure aux individus; mais c'est un but sentimental très éloigné de la mesure législative en discussion. Soit donc un texte de loi, il existe ou peut exister une série de sentiments « S, S^1, S^2..., etc... » qui sont susceptibles de s'y rapporter. Il faut forcément recourir à l'un ou à l'autre; mais on ne peut faire d'étude législative sérieuse sans indiquer la situation exacte de celui qu'on choisit, et d'interprétation juridique sans situer celui qui a été choisi.

Parmi les cerveaux humains, les uns choisissent presque toujours le but sentimental le plus proche « S » et sont appelés sentimentaux; d'autres le but sentimental le plus éloigné « S^n » et sont appelés positifs.

Ceux qui sont le plus souvent guidés par l'émotion proche sont en général des inexpérimentés auxquels la vie réserve de nombreuses déceptions. Ils peuvent faire beaucoup de mal en voulant faire un peu de bien. Les positifs ne sont pas à l'abri de tout reproche. Il leur arrive de sacrifier un bonheur humain plus immédiat à une abstraction qui n'a pas toujours grande valeur. Un prince, disciple de Macchiavel, eût causé par l'assassinat des maux incontestables; la prospérité et la grandeur de sa patrie qui était son désir véritable en eût été un résultat bien moins certain. Dans la peau de l'utilitariste vit très souvent un illuminé. La prospérité économique, la supériorité militaire, le prestige scientifique, le progrès social, il lui semble que l'une de ces choses qui sont beaucoup mais ne sont pas tout dans l'existence, soit le but unique et incontestable de l'humanité. Ils sont un peu comme l'entrepreneur qui affirmait que quand le bâtiment va, tout va.

Enfin le positif et le sentimental s'opposent dans la confection des lois et l'interprétation juridique à un troisième point de vue. En Droit comme en législation, on est souvent obligé d'inventer un type sentimental minimum, un personnage imaginaire que l'on veut encore admettre dans la loi, mais au-dessous duquel on n'est plus digne de la protection légale.

Le choix de ce personnage est purement arbitraire. On peut choisir un être de moralité raffinée ou une simple brute. Aucun principe rationnel ne peut nous guider. Il existe dans la sentimentalité réelle des nuances extraordinairement variées ; il n'y a aucune raison pour nous arrêter à un degré de l'échelle plutôt qu'à un autre.

Doit-on par exemple accorder le divorce pour cause de folie ? Celui qui expédie sa femme devenue folle à la suite de couches dans un hospice et se remarie ne fait pas preuve de sentiments bien raffinés. La femme qui agirait de même envers son mari, qu'un excès de travail en vue d'augmenter la prospérité commune aurait détraqué cérébralement, n'exciterait pas non plus notre admiration. Cujas avait une tout autre façon d'interprêter le fameux *nunc ipsa pericula jungunt*. Il voulait obliger le conjoint du lépreux à braver la contagion pour continuer la vie conjugale dans toute son intimité. « Partager la mauvaise fortune » était un devoir juridique qu'il interprétait d'une façon très haute mais peut-être un peu rigoureuse.

Tout le monde n'est pas obligé à posséder un esprit de sacrifice aussi complet. Il est beaucoup d'esprits plus positifs qui ne veulent pas mettre autant d'idéal dans la vie. Peut-on les y contraindre ? Il est plus libéral de laisser à chacun sa liberté sentimentale, mais on ne peut le faire. Cet esprit pratique qui trouve bon de se débarrasser d'un conjoint blessé cérébralement sera distancé par un autre plus pratique encore que lui et qui s'ennuiera d'un conjoint malade s'il est incurable, si la maladie doit être trop longue, ou même si la maladie n'est que temporaire. On cite des peuples très peu émotifs mais non dénués de morale où, quand un des époux est souffrant, l'autre va se distraire ailleurs sauf à revenir après la guérison. Il en est de moins sentimentaux encore qui peuvent trouver bizarre qu'on veuille les contraindre à des obligations de fidélité ou d'assistance qui ne sont pas dans leur tempérament, de telle sorte que pour si bas que nous descendions dans l'échelle sociale, le monde régulier et même

irrégulier nous présente toujours le tableau du sentimental supérieur cherchant à imposer des règles au sentimental inférieur, tandis que celui-ci se plaint de cette oppression.

Comme aucune raison logique ne peut conseiller de choisir plus haut ou plus bas, le tempérament positif réduit à son minimum l'exigence de la loi, tandis que le sentimental aurait une tendance à lui faire exprimer une moralité plus raffinée.

Personne ne peut négliger dans l'étude du Droit la vie affective. Jurisconsultes et législateurs, les plus rêveurs et les plus brutaux, ne diffèrent que par la qualité des éléments qu'ils manipulent et non par leur nature. Sans le sentiment, la matière leur manquerait presque toujours. Faut-il dire avec beaucoup de philosophes du Droit éminents que le sentiment est la matière, la science juridique la forme des lois ? Je ne le crois pas : la vie affective est tout autant forme que matière du Droit.

En législation, d'abord, cela paraît incontestable. Les passions sont des matériaux. Le législateur se trouve en présence d'une foule qui manifeste des appétits matériels ou moraux ; il doit en examiner la légitimité et les moyens de les satisfaire. Mais le législateur est en même temps la foule ou ses représentants, et nous avons vu quelle série d'émotions sociales il éprouve normalement. Sans doute, le mécanisme législatif a pour but de soumettre l'idée qui prend les nerfs au contrôle de l'idée qui reste dans le cerveau. C'est un contrôle de Philippe ivre par Philippe à jeun. Mais ce contrôle se fait sous le coup d'émotions nouvelles et il est bien difficile qu'il soit absolument objectif.

Le travail du législateur et du philosophe est de transformer les idées émotives en idéaux ou en principe qui puissent agir par leur force logique et soient à l'abri des impulsions contraires. Ils le font en partie, mais jamais complètement.

On parle beaucoup des grands principes qui nous régissent, il serait plus exact de dire : les grands sentiments. Il en est un, par exemple, qui a été particulièrement étudié, appliqué,

auquel nous sommes redevables de la plus grosse part des transformations du dix-neuvième siècle. C'est le sentiment de la liberté.

La liberté est un sentiment et un principe. Or principe et sentiment se combattent et n'ont pu, malgré tous les louables efforts qui ont été faits, se fondre l'un dans l'autre. Et pourtant le travail du libéralisme est peut-être la chose la plus admirable du dix-neuvième siècle. Du haut en bas de l'échelle intellectuelle, du philosophe au praticien, on s'est efforcé de développer le contenu de l'idée libérale. On l'a étudiée dans sa justification et son extension abstraite ; on l'a classifiée d'après ses principales applications. On a distingué la liberté politique, économique, religieuse, intellectuelle, morale. On l'a traitée par tous les procédés de la logique formelle ou expérimentale, sans pouvoir aboutir à lui ôter le caractère émotif dont elle a été affectée dans ses origines. Nous souffrons de la douleur et de la tyrannie lorsqu'on veut nous forcer à accomplir des actes douloureux ou qu'on nous empêche de faire ce qui nous fait plaisir. Notre sentiment se révolte encore lorsqu'on veut imposer à autrui une contrainte pour ces mêmes actes. « Ne laissez pas faire à autrui ce que vous ne voulez pas qu'on vous fasse », dit le sentiment libéral. La logique libérale dirait assez diversement : « Ne faites pas à autrui ce qu'il ne veut pas qu'on lui fasse ». Rationnellement, on doit se placer dans la psychologie d'autrui pour savoir dans quels cas on peut le laisser agir de sa propre initiative. On le fait quelquefois, mais on ne le fait pas toujours. La plupart des peuples sont habitués à rester complètement indépendants dans certains actes de leur vie ; la moindre restriction que la loi apporterait à cet égard leur paraîtrait inadmissible. Sur d'autres actes, la liberté leur est très strictement mesurée sans qu'ils s'en aperçoivent. Il est rare qu'en changeant de pays, on ne soit choqué de certaines prescriptions qui paraissent purement tracassières ; on se demande comment des hommes libres peuvent se soumettre à de pareilles sujétions. Avec un peu plus de réflexion, on s'aperçoit que la liberté est une

chose partout relative, parce qu'elle est partout une chose sentimentale. Les peuples se choquent mutuellement dans les sentiments qu'ils appellent du même nom parce que le contenu en est concret et que la logique sentimentale est très différente de la logique formelle.

Un jurisconsulte d'un pays libéral définissait, dit-on, la liberté : l'obligation d'obéir à la loi. Un tel paradoxe s'explique en ce qu'il consultait ses impressions et non sa raison. L'obéissance à la loi ne lui ayant jamais été pénible, il ne pouvait concevoir émotivement qu'elle pût jamais être tyrannique. La plupart de ceux qui contribuent directement ou indirectement à le confection des lois jugent avec leur expérience affective ; et par suite le travail législatif est sentimental dans sa forme aussi bien que dans sa matière.

Le travail juridique l'est également. L'interprête du texte ne doit pas laisser passer dans ses œuvres ses impressions personnelles ; mais il est obligé de respecter le caractère psychologique du législateur. Si celui-ci a fait une œuvre de passion, il ne peut pas en faire une œuvre de froide justice. Il ne partage ni les haines, ni les amours des partis politiques, il les atténue dans la mesure du possible, mais si elles sont nettement exprimées dans la loi, il ne peut pas dire qu'elles n'y sont pas. Supposons qu'un législateur se fasse de certaines dispositions juridiques une arme de combat et de vengeance contre une certaine catégorie de citoyens, l'interprête doit dire aux individus : On vous traite ainsi parce qu'on vous déteste. Car s'il dit autrement, et veut essayer de présenter la loi comme une œuvre de philosophie impartiale, il ne soulage pas ceux qui sont particulièrement atteints, mais il ruine par-dessus le marché les principes et déroute la logique juridique. En fait, les juges et les jurisconsultes font dans l'histoire un peu l'un un peu l'autre. Ils traitent les passions politiques à la fois comme des sentiments et des raisonnements. Il est difficile de donner ici des exemples, non qu'ils soient rares, mais parce qu'ils touchent un peu trop à la politique pratique dont nous préférons nous tenir toujours à l'écart.

Le danger n'est pas pour la science juridique dans la présence du sentiment dans la loi, mais dans l'habileté avec lequel il se dissimule. Tant qu'il est caché, on ne peut savoir s'il est louable ou condamnable. Pour l'historien-juriste, ne pas essayer de pênétrer dans la vie émotive d'un peuple, c'est avouer son impuissance à comprendre la marche du Droit.

LITTÉRATURE SUR LA VIE AFFECTIVE ET LA FORMATION DU DROIT

ARISTOTELIS *de Republica.* III. 16. « Lex, mens est appetitione vacans. »

ARISTOTELIS. *De Moribus.* X. 2. « Et cum summum bonum perfectum quiddam esse statuant, motus autem et ortus imperfectos : voluptatem esse motum et ortum ostendere conantur. Sed neque recte dicere videntur neque voluptas est motus. Omnis enim motionis propria videtur esse celeritas et tarditas : et si non per se qualis est ex qua mundus movetur, at cum alia motione comparatæ. In voluptate autem neutrum horum inest. »

« Jam vero qui possit ortus esse ? Videtur enim non ex re qualis et quævis oriri, sed ex quo quidque oritur in hoc dissolui at que interire. Et cujus rei ortus est voluptas, ejus rei interitus erit dolor. Deinde aiunt dolorem ejus rei quæ est secundum naturam, penuriam esse : voluptatem, expletionem. At hi sunt affectus corporis. Si voluptas igitur, ejus quod secundum naturam est, expletio est : id in quo fit expletio aliquis voluptate affici queat. Corpus ergo voluptate affici queat. At non videtur ita esse. Non est ergo voluptas expletio. Verum cum fit expletio, potest aliquis voluptate affici, et cum secatur dolare. »

MARCI ANTONII LIMARIÆ SANCTIPETRINATIS. *Aristotelis Problematar.* 1561.

« Cur vehementer irascentibus rubri oculi fiunt ? — Quia ita fervor est ejus sanguinis, qui sit circa cor, calidique spiritus. Hic igitur ut pote subtilior, superne fertur, perque oculos qui perspicui sunt transparet, habentque vapores sanguineos ascendentis. Unde et facies rubra eis apparet...

Ut dicit Isidorus : Splene ridemus, felle irascimur ; corde sapimus ; jecore amamus et cerebro sentimus ut etiam tangit Ehardus capitulo *de verbis :* Cor sapit et pulmo loquitur, fel commovet iram,
Splen ridere facit, cogit amare jecur. »

Grasset. *Introduction physiologique à l'étude de la philosophie,* p. 83. « La sensation est toujours complexe ; certaines associations de sensations d'origine commune ou analogue font naître l'image...

Si le processus se complique et s'étend à un plus grand nombre de neurones, la sensation devient agréable ou désagréable, entraîne *plaisir* ou *douleur.* Si la complication est encore plus grande, arrivent la tristesse ou la joie : c'est l'*émotion...* »

Ribot. *La psychologie des sentiments,* p. 108. « ... L'état intellectuel s'accompagne d'un état affectif toutes les fois qu'il a un rapport direct avec les conditions naturelles ou sociales de l'individu. »

Id., p. 110. « Une perception, une image ou une idée suscitent une émotion parce qu'elles ont un rapport direct ou indirect avec les conditions sociales de l'individu. Le moi naturel a ses besoins et ses tendances ; de même pour le moi social greffé sur l'autre ou plutôt ne faisant qu'un avec lui ; par suite le mécanisme est mis en jeu dans un plus grand nombre d'occasions ; la circonférence s'étend, mais le centre reste le même. »

Id., p. 177. « Lorsqu'un état intellectuel a été accompagné d'un sentiment vif, tout état semblable ou analogue tend à susciter le même sentiment...

Cette possibilité d'un transfert illimité a été un facteur social et moral de premier ordre ; il a permis l'extension des sentiments sympathiques du petit clan fermé à des groupes de plus en plus distants : Tribus, nations, humanité. Le transfert large a été le grand passage du particularisme à l'universalisme. »

Id., p. 195. « Jusqu'ici l'expérimentation appliquée aux sentiments s'est tenue dans des limites très étroites et n'a guère fait que corroborer les données de l'observation. Il faut donc modifier notre orientation et chercher ailleurs : l'anthropologie, l'histoire des mœurs, des arts, des religions, des sciences nous seront souvent plus utiles que les apports de la physiologie. Les expériences de laboratoire inspirent à certains une foi inébranlable ; mais l'évolution des sentiments dans le temps et dans l'espace à travers les siècles et les races, est un laboratoire qui opère depuis des milliers d'années, sur des millions d'hommes et dont la valeur documentaire n'est pas médiocre. »

Féré. *Pathologie des émotions,* p. 93. « Page et Charcot pensent que l'idée joue un rôle important dans la production des paralysies

traumatiques en général, et ce rôle est bien évident quand la paralysie ne succède pas directement au traumatisme. »

Id., p. 102. « On peut dire que l'activité physiologique d'une fonction quelconque entraîne une dépression momentanée de l'ensemble. Cette exaltation est remplacée par une dépression plus ou moins prolongée chaque fois que la fonction spéciale s'exerce d'une façon excessive soit en intensité soit en durée. »

Id., p. 318. « Les décharges qui sont provoquées par les émotions pénibles atténuent la douleur ; c'est ainsi qu'on peut comprendre avec Aristote qu'il est doux de se livrer à la colère, et avec Homère que la douleur est un miel. La colère atténue la douleur physique comme la douleur morale. »

Rauh. *De la méthode dans la psychologie des sentiments*, p. 69. « L'impression synthétique immédiate qu'éprouve un homme moderne les yeux ouverts en face des choses, n'est pas celle qu'éprouvait un poète primitif ; aux sensations et aux images se joint la masse des sentiments modernes, un état d'âme nouveau. Cela explique peut-être la difficulté qu'éprouve le poète toujours plus proche des visions primitives à se faire entendre aujourd'hui d'un public habitué à considérer la nature comme une ligne uniforme et grise, schème des lois scientifiques, et la vie sociale comme un système de relations juridiques abstraites. »

Id., p. 207. « L'intelligence la plus claire ne peut suffire pour comprendre les effets d'une passion ou d'un caractère, parce que les éléments n'en sont pas possibles à dégager et que peut-être ils n'existent pas ; il faut vivre les sentiments pour en mesurer les effets possibles. Un historien qui analysera l'âme d'une époque n'en fera comprendre les effets que s'il la fait revivre. Et cette résurrection dépend sans doute en partie de l'analyse des documents qui la font connaître. Mais il faut y ajouter une sympathie qui crée la vision.

... Lors même que l'analyse nous permettrait de retrouver les éléments d'un sentiment donné, cela ne servirait de rien. Car une fois combinés ils n'agissent plus comme éléments distincts, mais sous la forme d'une synthèse qui est une force nouvelle. Vous pouvez peut-être retrouver les éléments qui entrent dans la douleur causée par la mort d'une personne aimée ; la douleur n'en est pas moins aussi immédiate qu'une douleur physique, et l'analyse des éléments qui y entrent ni ne l'exaspère, ni ne l'adoucit toujours : c'est, comme on dit, un coup de massue. »

Ribot. *La logique du sentiment*, p. 23. « Cette influence (de la sensibilité sur l'intelligence) se produit sous deux formes...

L'une inférieure, est la simple association d'idées à base affective évoquée et maintenue par une tendance, une émotion, une passion...

L'autre supérieure, suppose l'association mais la dépasse. La disposition affective ne laisse plus la liaison des états de conscience se produire librement et comme au hasard ; elle pratique un choix, elle vise un *but* conscient ou inconscient, néglige ou supprime tout ce qui l'en détourne : c'est le *raisonnement affectif ou émotionnel.* »

Lipps. *Die ästhetische Betrachtung,* 1906, p. 4. « In der Tat fühle ich niemals Lust oder Unlust schlechtweg, sondern ich fühle, wenn ich Lust oder Unlust fühle, jederzeit mich innerlich in der Weise, oder mit dem eigentümlichen Charakter, den die Worte Lust und Unlust meinen, tätig. Oder : Ich fühle in meiner Tätigkeit, d. h. im Auswirken innerer Kräfte, mich in der einen oder anderen Weise näher bestimmt. Sich fühlen und sich tätig fühlen sind schliesslich nichts als zwei Worte für dieselbe Sache. Da ich in jedem Momente meines Lebens mich irgendwie tätig fühle, so ist es kein Wunder, wenn ich auch in jedem Momente meines Lebens mich irgendwie lust- oder unlustgestimmt fühle. »

Id., p. 8. « Ich meine (mit der Tätigkeit) insbesondere nicht etwa bloss die auf ein bestimmtes, mir bewusst vorschwebendes Ziel gerichtete Tätigkeit, die bewusste, von dem Gedanken an einen bestimmten zu erreichenden Erfolg beherrschte « Willenstätigkeit » ; ich meine am wenigsten etwa bloss die bewusste sogenannte « körperliche » oder die « äussere » Willenstätigkeit. Sondern ich meine z. B. auch die Phantasietätigkeit... Ich meine anderseits auch jede Art der blinden Triebtätigkeit... auch die passive Tätigkeit. »

Id., p. 13. « Auch dabei müssen wir doch noch einen Unterschied machen, nämlich zwischen der Tätigkeit und dem Gelingen derselben. Was uns in der Arbeit des Denkens oder in der geistigen oder intellektuellen Tätigkeit durch welche wir zu einem Urteile gelangen, erfreut, ist das einemal die Tätigkeit als solche, der Kraftaufwand oder die innerliche Wirksamkeit der Kräfte in uns. Es ist das anderemal das Erreichen des Zieles durch solche innere Tätigkeit oder solche innerlich strebende Bewegung. »

O. Hamelin. *Essai sur les éléments principaux de la représentation,* p. 433. « Que le plaisir soit lié à l'activité, corrélatif de l'activité, c'est là presque un lieu commun psychologique sur lequel sont revenus à satiété Hamilton et ceux qui l'ont suivi. On a montré notamment que les parties les plus mobiles de l'organisme sont en général celles qui procurent aussi le plus de sentiment de plaisir... »

Id., p. 436. Les notions du plaisir et de la douleur, inintelligibles de toute autre manière, commencent de présenter une signifi-

cation claire dès qu'on veut bien les interpréter tout simplement comme étant ou exprimant celui-là un but atteint, celle-là un but manqué. »

Jacques Flach. *Les origines de l'Ancienne France*. T. II., p. 432. « Les chartes sont insuffisantes pour nous éclairer à cet égard (le compagnonnage a-t-il subsisté au moyen-âge ?). Elles peuvent bien nous faire connaître le mécanisme de la concession du fief, nous permettre d'en démonter les rouages, mais elles ne nous laissent que rarement apercevoir le moteur. Pour l'atteindre, il faut que nous prenions contact avec la vie même des hommes d'alors, que nous pénétrions dans leurs demeures, observions leur mode d'existence, leurs mœurs, leur état mental, les amitiés qui les unissent et les haines qui les divisent. Le pouvons-nous ? Je le crois, grâce surtout aux chansons de geste. Elles vont nous montrer le compagnonnage arrivant à l'époque que l'on considère comme le triomphe de la féodalité, survivant avec ses formes et ses effets anciens, non pas comme une institution stérile et surannée, mais en pleine sève et en pleine vigueur, et, pour tout dire, comme un organe de vie du régime seigneurial. »

Charles Lefebre. *L'histoire du Droit matrimonial français*, p. 38. « Déjà nous l'avons montrée dans le Bas-Empire, surtout aux régions d'Occident, cette direction nouvelle des mœurs s'exercent d'après les enseignements précis des Pères de l'Eglise. C'est elle qui inspirait des pratiques meilleures de vie et d'action conjugales, en recommandant aux époux d'unir leurs biens et leurs volontés sous l'autorité du mari. Si les empereurs ont hésité à en tirer un système de droit nouveau, contraire aux traditions classiques, saint Augustin avait su dans le monde chrétien, tracer en préceptes religieux cette nécessité pour les femmes de subordonner leurs actes et leurs biens au chef de l'association conjugale. La lettre décisive où, comme directeur de conscience, il blâmait *Ecditia* d'avoir disposé de son bien sans s'être concertée avec son mari pour en obtenir assentiment, devait se trouver insérée au décret de Gratien, comme elle sera encore rappelée aux derniers siècles afin de rendre compte de notre coutume d'autorité maritale. »

p. 229. « Il faut donc se défier d'un aperçu rapide, nous faisant considérer trop vite notre communauté comme une coutume naturelle, due jadis à la raison pratique s'orientant toute seule vers le progrès moral et économique de l'union conjugale. Il y a même des traits qui font quelque violence aux premières pensées de raison naturelle, dans un régime qui est venu imposer tant de subordination à la femme, mais aussi au mari le partage égal de toutes ses acquisitions si personnelles et si grandes soient-elles.

Et, pesant mieux les choses, on entrevoit qu'il a fallu quelque forte inspiration de devoir réciproque, pour ne pas dire de sacrifice mutuel, dans l'esprit d'une pareille organisation, ce qui donne à penser que c'est une direction morale qui l'a fondée, bien plutôt que des raisons utilitaires. »

S[ti] Aurelii Augustini. *De civitate Dei.* IV, 27. « Relatum est in litteras, doctissimum pontificem Scævolam disputasse tria genera tradita deorum : unum a poetis, alterum a philosophis, tertium a principibus civitatis. Primum genus negatorium dicit esse, quod multa de diis fingatur indigna ; secundum non congruere civitatibus, quod habeat aliqua supervacua, aliqua etiam quæ obvit populis nosse...»

Id. VI, 9 : « ...Quale autem illud est, quod cum religiosum a superstitioso ea distinctione discernat, ut a superstitioso dicat timeri deos, a religioso autem tantum veneri ut parentes, non ut hostes timeri...»

Brunn. *Griechische Götterideale.* p. 51. « Ein christlicher Künstler möge es wagen, einer Madonna den Kopf unserer Demeter zugeben und er wird sicher keinen Tadel erfahren. Wer weiss ob nicht ein moderner Kritiker ohne Kenntniss des antiken Vorbildes urteilen würde, hier sei endlich das Problem gelöst. classische Formenschönheit mit Innigkeit und Tiefe christlicher Empfindung zu verschmelzen. Ein solcher Urteil würde unwiderleglich zweierlei lehren, einerseits dass der antiken Kunst die Darstellung der Tiefe keinesvegs fremd war, andrerseits aber, dass das Ewige in der Kunst nich das Dogmatische ist, sondern das allgemein in Höchsten Sinne menschliche. »

H. Hubert, préface à la traduct. franç. de Chantepie de la Saussaye. *Manuel de l'histoire des religions*, p. XL. « La condition religieuse d'un individu est quelque chose de plus confusément, mais plus complètement défini que sa condition juridique ou politique. Dans le deuxième cas, la définition est formelle et limitative ; dans le premier, elle est positive et substantielle ; car, comme nous l'avons vu, il s'agit d'âmes. Pour prendre un exemple, la relation de propriété qui peut exister au point de vue juridique entre un cultivateur et son champ, se transforme au point de vue religieux en relation d'identité. Cette identité relative tient à la présence dans l'homme et dans la terre d'une âme commune..... La religion est créatrice d'âmes et nous serons toujours tentés, en somme, de considérer comme religieux tout ce qui affecte le plus profondément l'âme et la personne. »

Sternberg. *J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft,* p. 103. « Ein Beweggrund muss vielmehr erst ein-

treten, damit das Wollen zur Ausführung aufgerufen werde. Das kann das reine Vorstellen niemals leisten, ein Beweggrund liegt immer nur in einem Gefühl. Die Gefühle sind entweder Gefühle der *Lust und des Schmerzes* oder *Gefühle der Achtung.*»

P. 137. « Das Gefühl der Achtung weckt zunächst vorsittliche Zustände. Das Staunen, die Bewunderung, die Ehrfurcht, die Andacht, die Anbetung, die Heiligung, das Aufgehen in die Hoheit und Majestät eines erhabenen Wesens sind einzelne Besonderungen dieses Achtungsgefühls. »

P. 139. « Wenn die Achtung sich wirksam zeigt und den Willen zum Handeln bestimmt, so fühlt sich der sittlich Handelnde in Harmonie mit den gebietenden Willen. In der Achtung liegt die Verleugnung des eignen Ichs, insofern als sie den Drang enthält, in die Hoheit und Majestät des Gebietenden aufzugehen. Durch das wirkliche sittliche Handeln vollzieht sich dieses Verlangen; der Mensch fühlt sich nummehr eins mit der erhabenen Macht, er bildet gleichsam einen Teil ihrer selbst, und die Achtung welche dieser gilt umfasst nun auch das eigene Ich; dass sittliche Handeln führt desshalb zur *Selbstachtung.* »

W. Paley. *Principes de philosophie morale et politique.* Trad. Vincent. 1817. II, p. 72. « ...Les jouissances que le peuple, dans les gouvernements libres, trouve dans la connaissance et la discussion des sujets politiques, comme les opérations et les débats des assemblées nationales, la conduite et le caractère des ministres, les résolutions, les intrigues et les rivalités des partis et en général dans la discussion des mesures d'utilité publique, des questions et des événements politiques. Des sujets de ce genre sont assez intéressants pour exciter et fixer l'attention, sans faire naître pourtant une anxiété pénible et sans laisser dans l'esprit un sentiment d'oppression. Et n'est-ce pas là précisément le but de tous les amusements qui font en grande partie l'occupation de la vie et donnent aux richesses leur valeur? Quant à moi, et je pense qu'il en est de même de tous les hommes qui sont arrivés au milieu de leur carrière et qui remplissent les classes moyennes de la société, j'avoue que si j'avais tout l'argent que je paie au gouvernement avec la liberté de l'employer en amusements de mon goût, je ne sais si j'en pourrais trouver qui fussent pour moi la source d'un plaisir plus grand que celui que je trouve à attendre, à connaître, à raconter les nouvelles publiques, à lire les débats et les opérations du Parlement, à discuter les sujets politiques, les prédictions et les nouvelles qui sont apportés par différents canaux de tous les coins du royaume. »

Dr Guibert. *De l'aptitude à l'imitation* — « L'imitation est tellement bien l'aptitude originelle, la base fondamentale de nos

facultés, que nous la retrouvons inspirant manifestement nos institutions sociales. La justice humaine est basée sur la peine du talion ou elle en dérive. On est convenu dans nos mœurs de rendre convenance pour convenance, invitation pour invitation, procédé pour procédé.

Le sentiment du devoir est basé sur la restitution due à propos d'un service rendu à un particulier, à la famille, à la tribu, à l'Etat ou à l'humanité. »

« Comme nos autres aptitudes, l'imitation peut nous conduire à la révolte contre la société, au mal, voire même au crime ou bien à la raison, au juste, au droit, à la morale. Il n'y a pas là une de ces impérieuses fatalités qui s'opposent au libre choix de la direction et suppriment la liberté humaine. »

« ...Si l'imitation est insuffisante pour expliquer à elle seule par son intervention l'évolution mentale, elle y joue une influence prépondérante et mérite le nom d'aptitude-mère, base nécessaire au développement de toutes les fonctions mentales de la vie sociale et professionnelle. »

Mairet. *La jalousie*, p. 158. « L'hyperesthésie jalouse est puissamment aidée et entretenue par la vie en commnn avec la personne qui en est le point de départ ; comme tout sentiment, en effet, la jalousie s'avive au contact de sa cause incitatrice. Par suite, l'hyperesthésie étant un élément commun aux trois formes de la jalousie pathologique, la première indication à remplir, au point de vue thérapeutique, est l'isolement de l'hyperesthésie ou du moins son éloignement d'avec son conjoint, peu importe la forme revêtue par la jalousie. J'ai dit les heureux effets de cette séparation ».

J. Charmont. — *Le Droit et l'esprit démocratique*, 1908, p. 172. « Il est vrai qu'on peut sans connaître la loi avoir le sentiment du Droit ; mais ce sentiment est en réalité beaucoup moins commun qu'on ne le croit. Bien des gens intelligents, dévoués, généreux, charitables, en sont tout à fait dépourvus. Par exemple, ils ne pourront pas tolérer un acte blamâble ou dangereux sous prétexte que celui qui l'a fait a simplement usé de son droit. C'est pis encore si l'exercice de ce droit les atteint dans leur intérêt. A mon sens, c'est là le véritable criterium. De même que le libéral est avant tout celui qui est soucieux de la liberté des autres, — de même, celui-là a le sentiment du droit qui reconnaît le bien fondé d'une prétention adverse, sait avouer qu'une personne peut avoir raison à son préjudice. »

Stammler. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, p. 147. « In dem merkwürdigen Ausdrucke des *natürlichen Rechtsgefühles* wird bloss der Meinung Wort verliehen : dass die Einsicht von dem

richtigen Rechtsinhalte durch ein natürliches Empfinden des Ueberlegenden in Sicherheit geliefert werde. »

Id., p. 149. « Hiernach ist der blosse Satz : dass ein bestimmtes rechtliches Wollen in seinem Inhalte grundsätzlich richtig sei, weil er, der Satz selbst, als ein sogenanntes *natürliches Rechtsgefühl* einer unerklärlichen geistigen Organisation der Menschen entstamme, in jeder Hinsicht unbefriedigend. »

Kuhlenbeck, *Zur Psychologie des Rechtsgefühls.* p. 5. « Das Rechtsgefühl kann erst erwachen durch eine Rechtsverletzung d. h. durch eine Verletzung der Interessen eines Individuums und hat somit eine mit negativen Vorzeichen versehene Ursprungsempfindung.....

Somit sehen wir wie das Rechtsgefühl in seiner ersten Stufe als ein vom Eigeninteresse sich ablösendes, altruistisch gerichtetes soziales (ethisches) Gefühl auf schon sehr komplizierten Vorstellungs-Assoziationen und Irradiationen des Gefühlstons beruht. »

Id., p. 9. « Ich gebe zu, dass das Rechtsgefühl in seiner vornehmsten Ausbildung, in seiner wissenschaftlichen und künstlerichen Verfeinerung eine grosse Æhnlichkeit mit dem æsthetischen Lustgefühl der Harmonie bietet, halte es aber für einen aprioristichen Fehlgriff diese seine feinste intellektuelle Blume aus einem angeborenen allgemeinen Triebe in dieser Richtung ableiten zu wollen. »

Bonucci. *L'orientazione psycologica*, p. 81. « Quando i due rapporti abbiano avuto entrambi conseguenze materiali, è dal confronto di queste, perchè esse più facilmente risaltano, che sorge, ove la coscienza sociale reputi i termini comparabili, l'idea di giustizia. Sia stato pagato un prezzo per avere meno di questa quantità, sara giusto pagar più per aver più ; sia la riprovazione sociale espressa con una certa pena verso un certo colpevole, in base adessa sarà giusto dare più pena a chi sara piu colpevole. Cosi nella simmetria : ivi anche il confronto tra due stati d'animo quello che decide..... Onde la giustizia fu già in antico ditta armonia.....

.....Ma se tali sono state le influenze generali, una speciale in tale argomento è stata esercitata, secondo noi, dalla pratica dello scambio. Lo scambio dà due distinti casi di comparazione, di cui ognuno puo far sorgere il sentimento di giustizia. L'uno è il confronto dello scambio attuale con gli scambî passati ; ma lo scambio stesso è un fatto che implica due termini comparabili....

Mentre nello scambio si dà un' utilità per un' utilità ricevuta, un piacere per un piacere, nella pena si dà un danno per un danno, un male per un male. »

G. d'Aguanno. *La genesi et l'evoluzione del Diritto civile.*

p. 93. « Il sentimento del giusto deve riferirsi a tutti quegli atti che nella conscienza morale degli individui vengono ritenuti indispensabili alla conservazione della società e che possono cadere sotto la sanzione del potere sociale : il sentimento del buono a tutti gli atti in genere che tendono allo sviluppo dell'individuo e della società. »

Id. p. 130 « Infatti sie e detto che il sentimento della giustizia e unsentimento ego altruistico, perchè in tanto si rispetta l'attività altrui, inquanto posse essere rispettata la propria, e si desidera l'affermazione del diritto in altri, perchè cosi sarà affermato anche il diritto nostro. Ma, via via che questo sentimento si evolve, diviene sociale, perchè fissatossi nella coscienza, perde il suo carattere originariamente egoistico e diviene un vero sentimento simpatico ; perchè si sente piacere per l'affermazione della giustizia in altri, come si siente piacere pel piacere altrui. »

G. Amadori Virgilii. *Il sentimento imperialista*. p. 72. « ... L'impero non consista e non si limita alla costituzione di uno Stato per quanto immenso, per quante colossale, non è l'ideale panbritannico, o l'ideale pangermanico — il concetto ed il desiderio d'oggi sono pui ampii, motto più ampii, è il divenire su questa terra la fonte di tutto : dell'intelligenza et della forza, della pace e della guerra, della ricchezza et della povertà, del destino umano insomma.

p. 59. « L'idealità imperialista ha se guito nella psiche degli individui dü tre gruppi esnici (tedesco, inglese, americano) l'identica evoluzione ; ora e sentimento collectivo intendendo questa definizione nel significato ampio, che la psicologia sociale spiegae chiarisce. »

p. 106. « Il sentimento imperialista quindi ha qui originato un connubio potente, applicando ai concetti delle norme morali quello della vigoria individuale e collettiva. Il concetto umanitario fondamentale perde le usuale idee annesse di bontà debole, di sacrifizio continuo della propria personnalità, di eliminazione di tutti cio che puo esser voluto per godimento materiale, ed assume quelle della solidità e della fierezza nella azione. E'tutta una costruzione etica nuova chesi costituisce su questa base : l'etica assoluta col suo bagaglio di virtù, di doveri minuti, e di limitazione suffacanti, e l'etica utilitaria colla sua elevazione della forza e della volontà, si ricongiungono ora nella formula imperialista del benessere mondiale. »

Gino Dallary. *Imperialismo e giustizia*. Compte-rendu du Dr Sternberg dans *Archiv. für Rechts und Wirtschaftsphilosophie*. Avril 1908. Connu au moment de l'impression de la dernière

feuille). — « Imperialismus nennt der Verfasser jene Weltanschauung, die das Uebermenschentum kultiviert, dier der Tendenz des Individuums bzw. der Rasse schwächeren Individuen und Rassen umzubringen oder zu unterwerfen.

...Ihr hat man oft die Forderungen der Ethik, besonders der Gerechtigkeit gegenübergestelt. Aber der richtig verstandene Imperialismus ...bilde gar keinen Gegensatz zur Gerechtigkeit. Denn er zweckt die harmonische Entwickelung aller Kräfte und nichts anderes will die Gerechtigkeit auch. »

Berolzheimer. *System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, p. 312. « Im ihrem innersten Kerne wurzeln alle diese ideologischen Urteile, im Gefühle des Kulturmenschen. Nachdem das Christentum die Idee der Menscheit geweckt hatte, konnte auch die Vernunft feststellen, dass die polygamische Ehe oder die Versklavungen jeder Art der Menscheitsidee widersprechen und deshalb sittlich zu verurteilen und rechtlich zu verneinen sind. Aber dass die Idee selbst bei den einzelnen Menschen Anklang fand, dass sie anerkannt wurde, war nur dadurch möglich, dass sie « im menschlichen Herzen » einen Wiederhall erweckte. Jede ideologische Kulturerrungenschaft findet nur dann Zustimmung und Anerkennung bei der reifenden Menscheit, wenn ihr Gefühlsleben den geeigneten Resonanzboden zur Aufnahme der Idee enthält. »

Ribot. *La logique des sentiments*, p. 35. « Fréquemment, le jugement implique des qualités qui ne sont pas d'ordre intellectuel, mais qui tiennent à notre nature affective ou active...

Id. p. 37. La définition de Kreibig (sur la notion de valeur) est la plus explicite. « Par valeur en général, je désigne l'importance que le contenu d'une sensation ou d'une pensée a pour le sujet, grâce à un sentiment actuel ou à l'état de tendance, qui est combiné avec ce contenu, immédiatement ou par association. » (Vermöge des mit ihm unmittelbar oder associativ verbundenen aktuellen oder dispositionnellen Gefühles.)

Brocher de la Fléchère. *Philosophie de l'histoire du Droit à Genève*, p. 22. « L'utilitarisme repose sur une vérité qu'on a honte de reconnaître, qu'il faut pourtant formuler en raison même de l'acharnement qu'on met à l'obscurcir..... L'amour de soi est le mobile de toutes les actions humaines..... L'utilitarisme, sans doute, se présente pour commencer sous la forme d'une ébauche incomplète et grossière que repousse les âmes délicates. Mais quand s'épurant et se développant il aura pris toute sa forme, on y reviendra sous les noms les plus divers, sous ceux entre autres de spiritualisme, d'individualisme, de légitimité. .....L'individualisme consiste à baser la morale et par conséquent le droit sur la

conscience individuelle et sur ses éléments fondamentaux, la jouissance et la souffrance. »

MEYNIAL. *Du rôle de la logique dans la formation scientifique du Droit. Revue de métaphysique et de morale.* Avril 1908. « Certains ont fait ce beau rêve d'une logique s'appliquant à trancher les conflits avec une précision rigoureuse et capable d'assurer aux hommes le bienfait d'une équité abstraite, qui pourrait satisfaire à la fois le cœur et la raison. Je ne suis pas de ceux-là.

» ...Si elle est un instrument créateur, la logique n'est pourtant qu'un instrument, mis en mouvement par des mobiles très variés, dirigés par le sentiment de l'équité, de la pitié, par le besoin de paix sociale, par toutes les conceptions morales d'une époque. Ce sont en vérité ces sentiments qui sont, ici comme ailleurs, les grands maîtres qui gouvernent l'humanité. »

CHAPITRE VIII

Le Domaine de l'Intellectualité juridique.

Lorsque, il y a quelques années, mon éminent maître Meynial posa le *Problème du rôle de la Logique dans la formation scientifique du Droit*, on pouvait s'étonner qu'une question aussi essentielle fût restée aussi complètement inaperçue des juristes et des philosophes. Philosophes et juristes s'ignoraient allégrement les uns les autres. Sans doute les professeurs de Droit, les magistrats et les avocats cultivés se tenaient au courant des grands mouvements de la philosophie pour pouvoir en causer au besoin. Il en était ainsi en France ; il en était à peu près ainsi en Allemagne. Un spirituel collègue, autrefois à notre Université, comparait à des « Sonntagsreiter » les juristes-philosophes allemands. Quant aux philosophes de profession, ils ignoraient complètement le juriste, la science juridique n'étant matière de conversation qu'entre gens du métier.

De telle sorte que cette question si simple : « Qu'y a-t-il de logique dans la création du Droit ? » posée d'une façon objective, comme recherche d'une réalité psychologique en dehors de tout jugement de valeur, était une nouveauté peut-être surprenante, car elle posait un vrai problème de philosophie du Droit, ce dont on n'avait pas abusé autrefois, ce dont on n'a pas encore abusé.

Si les conclusions auxquelles aboutissait l'éminent professeur sont loin d'être les miennes, le mécanisme de la logique juridique était en partie analysé avec une clarté et une finesse inimitable. Il prouvait que la logique n'est pas tout dans le

Droit, qu'elle est plutôt un instrument et que la matière principale du Droit est le sentiment.

Pour les vieux juristes des anciennes écoles, le législateur, le juge et le théoricien devaient être à tout instant guidés par la raison. Une loi faite en dehors des lumières de la raison, sous l'empire des passions, aurait-on dit alors, est une loi mauvaise, contraire au vrai Droit. C'était une profonde illusion de laquelle on est complètement revenu. De tous temps, les passions, les sentiments ont eu leur mot à dire. Aucun Droit ne saurait exister qui resterait complètement étranger à la vie affective. C'est une vérité que l'on a mis de plus en plus en relief et l'on peut dire que les divers mouvements philosophiques dans tout le cours du XIXe siècle ont réduit de plus en plus le rôle de la pensée intellectuelle, logique, consciente et individuelle au profit du sentiment, de la pensée collective ou même d'entités un peu vagues, telles que « génie populaire » « conscience du peuple », « mœurs et tendances générales de la nation », « force créatrice du peuple ». Ces formules, en voulant tout expliquer, n'expliquent rien, se dérobent à toute analyse, ce qui est pour quelques-uns une preuve de supériorité, mais me semble une preuve de paresse intellectuelle.

Nous allons reprendre notre travail analytique, en essayant de délimiter les rapports de la vie affective avec la vie intellectuelle dans la formation du droit.

§ 1. — Logique et sentiment. — Nous avons fait entre l'émotion et le sentiment une distinction qui nous paraît essentielle et que l'on ne fait malheureusement pas. Le sentiment est une capacité d'émotions qui se réaliseront ou ne se réaliseront pas. Si nous aimons quelqu'un, nous sommes prédisposé à nous réjouir de son bonheur et à souffrir de son malheur. Mais s'il ne lui arrive rien de bien douloureux ou de bien agréable, nous pourrons rester très longtemps sans éprouver aucune émotion à son égard. Les sentiments sont des cratères éteints qu'il est faux de supposer en éruption continuelle. Or si les émotions agissent directement et troublent la logi-

que, si les émotions ont leur logique propre qui n'est pas la logique rationnelle, il n'en est pas de même des sentiments qui n'ont en eux-mêmes aucune existence et ne sauraient agir si l'intelligence ne leur créait une existense factice et essentiellement rationnelle.

C'est un fait incontestable qu'il est impossible de prévoir de quelle façon un malheur peut émouvoir un individu. Tel recevra la nouvelle avec indifférence et sera plus tard atteint de crises de désespoir qui pourront surgir et disparaître au gré des moindres incidents. Le chagrin pourra être très vif et très court, très long et moins profond. On dira d'une veuve qui se remarie peu de temps après la mort d'un premier mari, qu'elle ne l'aimait pas, ce qui peut être absolument faux. Le monde des émotions est tout à fait étranger à la raison et ne se prête à aucune déduction. Mais cette incohérence de l'émotion n'est pas faite pour nous plaire à nous-même. Nous la dissimulons à notre propre pensée et cherchons à ressentir ce qu'il est raisonnable de ressentir dans telles ou telles circonstances. « C'était mon ami, je dois souffrir de sa mort. » Un ami très intime doit être pleuré plus qu'un autre moins intime ; un proche parent plus qu'un parent éloigné ; quelqu'un qui nous a fait du bien doit être plus regretté qu'un égoïste. De telle sorte que le monde du sentiment est en réalité une construction intellectuelle très logique, à laquelle tous les procédés de discussion sont applicables et appliqués. Aussi H. Poincaré a-t-il pu écrire : « Du moment que nous plaçons à la base de nos syllogismes un de ces sentiments généreux qui engendrent la moralité, c'est encore lui, et par conséquent c'est encore la morale que nous devons retrouver à la fin de toute notre chaîne de raisonnements, si elle a été conduite conformément aux règles de la logique. » (*Dernières pensées*, p. 240.) Ce qui ne saurait être juste, si le sentiment ne s'était transformé en matière intellectuelle.

Or, dans le domaine juridique peuvent intervenir, mais dans des circonstances très diverses, la logique émotive irrationnelle et la logique sentimentale rationnelle. De la première.

nous avons déjà parlé ; on lui doit nombre de lois d'occasion : ainsi attribue-t-on à l'émotion causée par l'assassinat d'un père par son fils, le sénatus-consulte Macédonien. La logique sentimentale rationnelle fait de l'amour, de l'amitié, de la haine, de la pitié, de véritables créations intellectuelles, auxquelles on peut appliquer, tour à tour, la logique formelle, la logique législative, la logique judiciaire et même la logique juridique. Or c'est presque toujours cette conception intellectuelle de l'émotion qui forme la matière juridique, de telle sorte que le rôle du phénomène affectif dans la création et la formation du Droit en est considérablement réduit.

Ainsi, lorsque le législateur détermine quels doivent être les rapports normaux d'affection entre mari et femme, quels sacrifices on doit faire pour ses enfants, quel est l'ordre des préférences du défunt..., etc., il fait une œuvre purement logique, malgré son apparence affective.

§ 2. — Les diverses formes de l'intellectuel. — « Affectif et intellectuel ». « logique et illogique », forment deux modes de classification de toute la psychologie humaine. Mais ces deux classifications ne sont pas identiques et qui adopte l'une doit renoncer à l'autre. Opposer « logique » à « sentiment », « illogique » à « intellectuel », est une grosse faute qu'il faudrait reprocher à bien des ouvrages de caractère très divers et souvent méthodiques par ailleurs.

Gardons-nous soigneusement de cette erreur. Il y a beaucoup de logique dans la sentimentalité la plus raffinée, mais surtout et surtout, il y a beaucoup d'illogique dans les œuvres de l'intelligence. Tout calcul erroné n'en est pas moins un calcul, tout raisonnement faux n'en est pas moins un raisonnement. Un misanthrope convaincu, ne voyant de l'humanité que le mauvais côté sentimental et le mauvais côté intellectuel, affirmait « L'homme est plus bête que méchant ». Je crois bien, pour ma part, que les plus épouvantables drames humains ont été surtout de grossières erreurs de logique. Mais donner le nom de bêtise à la logique irrationnelle serait pro-

fondément injuste. Le domaine de l'intellectuel irrationnel est immense, il s'impose à tous et certaines contrées n'y sont accessibles qu'à des esprits supérieurs. Qu'y a-t-il de strictement logique dans le Droit ? Uniquement le côté scientifique : l'emploi des méthodes qui ont fait leurs preuves dans les sciences mathématiques et physiques : la déduction, l'induction, l'observation, la classification, l'analyse, la synthèse, par exemple. La raison d'être du Droit est la réalisation de buts économiques et moraux, conformément à la notion de justice. La réalisation peut être poursuivie scientifiquement, mais le choix des buts économiques et moraux ne peut pas être scientifique. Nous donnerons à ces opérations intellectuelles, qui, sans être scientifiques, sont indispensables, le nom de recherches de Droit naturel. C'est une partie de l'éthique. Ces buts moraux et économiques doivent être ordonnés selon la notion de justice. Cette idée de justice ne peut pas être déterminée scientifiquement. C'est une discipline très abstraite, très difficile, qui demande les plus grands efforts intellectuels, qui peut seule nous la révéler : la métaphysique.

Une grande part des opérations intellectuelles nécessaires à la confection du Droit ne sont pas scientifiques. Il ne faut pas en rougir. Il n'y a aucune honte à faire de la morale et de la métaphysique ; il suffit de savoir ce que l'on fait. Il ne faut pas croire un mot de ceux qui prétendent avoir trouvé une notion scientifique et objective de la morale et de la justice. Ceux qui mépriseraient le Droit pour cette raison seraient bien aveugles, car il est impossible de s'occuper de l'humanité à un titre quelconque sans faire de la morale et de la métaphysique.

Les recherches de Droit naturel et de métaphysique demandent à être dirigées selon des règles précises. On peut y employer tous les principes de la logique ; on peut y commettre des erreurs, les discuter, les corriger. Toutes les facultés de la raison peuvent s'y exercer. Elles sont rationnelles, sans être scientifiques.

Donc, la formation du Droit, si elle ne peut pas s'effectuer

sur des bases scientifiques, pourrait l'être sur des bases rationnelles. Mais il n'en est pas ainsi en fait. Le Droit contient beaucoup d'intellectualité irrationnelle. Cela pour la raison bien simple que le Droit n'est pas fait par et pour des gens qui sachent parfaitement raisonner. Chacun va jusqu'où il peut dans la voie de la logique ; quelquefois pas bien loin. C'est un fait incontestable et inévitable. Ne pas en tenir compte serait vouloir fermer les yeux à la vérité. L'homme peut se tromper par passion, par intérêt. Mais il peut se tromper par faiblesse mentale. La masse ne peut aller très loin dans le domaine de l'abstraction sans s'égarer. Sa psychologie, pour être toujours intellectuelle, sera souvent tout à fait irrationnelle. L'étude de cette intellectualité irrationnelle est d'ailleurs fort intéressante. Des esprits profonds, positifs, nous y serviront de guide, quoique nos conclusions ne soient absolument celles d'aucun d'entre eux.

CHAPIPRE IX

Les Maladies de la Pensée.

Bibliographie. Max Müller. *Das Denken im Lichte der Sprache*. 1888. *Nouvelles études de Mythologie. Trad.* Job. 1898. Paul Regnaud. *Comment naissent les mythes*. 1898. *Le Rig Véda et les origines de la mythologie indo-européenne.*

Marty. *Ueber subjektlose Sätze und das Verhältniss der Grammatik zur Logik u. Psychologie. Vierteljahrlh. für Wissenschaftl. Philos.* T. VIII. 1884.

Lang. *Mythes, cultes et religions*. Trad. Marillier. Oldenberg. *Religion des Veda*. Brunnhofer. *Homerische Rätsel. Arische Urzeit*. 1910.

Ribot. *La logique des sentiments*. Jean Jaurès. *De la réalité du monde sensible.*

Maurice Millioud. *Essai sur l'histoire naturelle des idées. La formation de l'idéal. Revue philosophique*. 1908. *La propagation des idées. Rev. phil.* 1910. *La pensée mystique et la pensée rationnelle. Bibliothèque universelle*. 1914.

Dupréel. *Théorie des idées confuses. Revue de métaphysique et de morale. IVe Congrès international de philosophie*. 1911. Lacombe. *Réflexions sur l'influence des idées pures. Revue de synthèse historique*. 1913.

Pareto. *Manuel d'économie politique. Le mythe vertuiste.* Georges Sorel. *Introduction à l'économie moderne*. 1903. *Réflexions sur la violence*. 1908.

Duguit. *L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Les transformations du droit public.*

§ 1. — **Caractères généraux des maladies de la pensée.** — Il suffit de bien peu d'observation pour constater que les hommes déraisonnent très souvent en toute matière. Le plus vigoureux penseur ne traitera pas un sujet même relativement facile, même s'il y applique tous ses soins et tous ses efforts,

sans faire preuve par endroit d'insuffisance, de contradiction, d'incohérence. Que dire alors des assemblées électorales, des assemblées populaires qui préparent les lois, des audiences judiciaires où les plaidoyers d'avocats préparent les jugements ; et même du jurisconsulte qui travaille plus au repos, mais qui ne peut sûrement pas — lui non plus — examiner à fond toutes les questions qu'il traite ?

Ne nous faisons pas d'illusions : le domaine de l'illogique, de l'erreur est incomparablement plus vaste que celui du logique, du rationnel, du vrai. Il ne faut donc pas considérer l'erreur comme un accident regrettable, mais comme une nécessité psychologique dont personne n'est responsable. Il ne faut pas la combattre, au moins avant d'en connaître la nature. Ce serait perdre sa peine et ne serait peut-être pas profitable. Il faut au contraire l'étudier objectivement surtout dans un but scientifique ; mais aussi indirectement dans un but utilitaire pour l'apprécier et au besoin la corriger.

Mais cette étude est-elle possible ? Il n'y a pas une façon de se tromper ; il y en a des milliers. Il n'y a pas une erreur ; il y a des milliers d'erreurs différentes qui constituent des phénomènes psychologiques très divers. On se trompe par passion : raisonnement affectif ; on se trompe par intérêt : sophisme ; enfin on peut se tromper par simple défectuosité logique.

Nous ne voulons étudier maintenant que cette dernière catégorie : les erreurs purement intellectuelles. Même ces fautes purement intellectuelles sont d'espèces les plus variées. Il serait peut-être impossible d'en faire une classification complète et cela ne serait pas très intéressant. Toutes peuvent se présenter en matière juridique ; mais la plupart n'ont qu'une importance toute occasionnelle. C'est ainsi que les dispositions juridiques, les textes de droit dus à une inattention, une distraction, un oubli quelquefois même grossier de la part du rédacteur de la loi ne sont rares dans aucun monument juridique un peu important. Ces distractions ne sont pas toujours réparables et des intérêts publics et privés peuvent en souf-

frir. Le texte reste texte, même lorsqu'il a été mal rédigé. Mais les erreurs de cette nature sont tout à fait accidentelles. Un effort d'attention, un examen un peu minutieux peut les faire disparaître de la confection des lois.

Il est des modes d'erreur qui, tout au contraire, semblent être de l'essence de la pensée humaine réelle. On les constate régulièrement partout et toujours; si on en analyse le mécanisme, on comprend qu'ils sont nécessaires et qu'il est à peu près impossible de les faire disparaître. Ces vices de notre cérébralité ne sont plus des anomalies; ils jouent le rôle de fonction intellectuelle et sociale. Nous les appellerons des maladies de la pensée, sans aucun sens péjoratif. Ce ne sont certainement pas des maladies du cerveau, car elles se produisent dans les cerveaux les plus sains et les plus robustes. Mais les pensées de cette nature sont certainement des pensées malades car rien ne les justifie, même dans l'intelligence de celui qui les émet. Ce sont des produits atrophiés d'une intelligence qui n'a pu conduire ses idées jusqu'à maturité.

Elles ont de tout temps étonné le psychologue qui s'est tiré d'affaire en invoquant les passions, les émotions, les intérêts, sources classiques de déraison. Mais on ne remarque pas que si l'intérêt et la passion font si facilement dérailler l'intelligence, c'est qu'elle déraille presqu'aussi facilement toute seule en dehors de toute intervention affective.

Se souvient-on qu'en 1899, on discuta avec acharnement la question de la « fin du siècle ». Un très grand nombre de personnes voulaient à tout prix que l'année 1900 fût la première du vingtième et non la dernière du dix-neuvième siècle. La discussion prit une allure extravagante de part et d'autre. On fit appel à l'histoire, à l'astronomie bien étrangères à la querelle. Et pourtant, tous ceux qui émettaient tant d'opinions contradictoires auraient pu d'accord compter une douzaine d'oranges ou un cent d'œufs. Il ne pouvait y avoir ni passion, ni intérêt dans l'espèce. Pourquoi tant d'incohérentes discussions sur un problème si simple? C'est que le public avait mis le pied sur un de ces traquenards de la pensée en apparence

inoffensifs et qui peuvent la paralyser définitivement. Mon éminent collègue Millioud en a parfaitement dégagé le caractère essentiel : « Confusion du signe et de la chose signifiée. » Changer à la date le chiffre des centaines — ce qui n'arrive que tous les cent ans — n'est-il pas identique à changer de siècle, chose qui n'arrive aussi que tous les cent ans, à peu près au même moment. Beaucoup d'esprits positifs et raisonnables étaient choqués dans leur bon sens que le jour où l'on devait refaire pour cent ans son papier à lettres ne fut pas le début d'un nouveau siècle.

On ne saurait négliger de pareils symptômes.

Les maladies de la pensée sont bien des phénomènes de psychologie individuelle, du moins dans leur essence. Elles tiennent à la puissance cérébrale de chacun et s'expliquent très bien par le seul fait que le cerveau humain n'a pas des forces illimitées ; que ces forces sont d'ailleurs très variables suivant les individus, et chez le même individu suivant les moments. Sans doute, dans les collectivités — réunions ou foules — ces faiblesses seront plus accentuées que chez l'homme qui réfléchit longtemps et seul. Mais leurs raisons d'être sont personnelles à chacun.

§ 2. — **Types principaux des maladies de la pensée.** — I. *Crédulité.* — Notre propre crédulité nous cause quelques ennuis durant notre existence ; mais la crédulité des autres peut nous consoler largement de la nôtre. Esprits poétiques ou prosaïques, mystiques ou positifs, intellectuels ou pratiques semblent égaux devant cette force supérieure et immortelle. Le scepticisme et la méfiance n'en préservent pas ; l'expérience non plus. Ne voit-on pas tous les jours banquiers, hommes d'affaires se lancer dans de stupéfiantes aventures ? Le paysan rusé et méfiant n'est-il pas une proie d'élection pour les chevaliers d'industrie ?

Et les philosophes ! Ceux qui ont posé les plus solides assises du jugement humain ont été souvent d'une étonnante naïveté dans certaines parties de leur croyance. Le chancelier

Bacon dont le *Novum Organum* a tant fait pour mettre en valeur les méthodes d'observation raconte dans la *Sylva sylvarum* des faits extraordinaires qu'un peu d'observation lui aurait permis de juger à leur juste valeur.

Tous les hommes sont crédules : non pas en ce sens que le savoir humain étant limité, chacun commet quelques erreurs, ce qui serait trop simple. Tous les hommes sont crédules, jusqu'à étonner dans certaines circonstances les esprits les plus rudimentaires. Ceux qui ne se croient pas crédules sont de pauvres psychologues, des esprits qui ne savent pas s'observer et par suite encore bien plus crédules que les autres.

L'homme est crédule dans toutes les matières dont il s'occupe et dans toutes les questions qui le préoccupent. Dans nos conceptions les plus élevées et les plus désintéressées de la pensée philosophique comme dans le détail de la vie pratique, nous marchons de duperie en duperie. La défense de nos intérêts intellectuels et moraux nous trouve aussi désarmés que la défense de nos intérêts matériels. Bien entendu, le Droit n'échappe pas à la règle. Le courtisan réussit à surprendre la crédulité du souverain ; l'orateur qui a l'oreille de l'Assemblée, se fait applaudir en abusant de sa naïveté ; l'avocat se moque souvent du juge qui lui a donné raison. Il ne faudrait pas oublier l'histoire et l'érudition historique même la plus moderne. Sans aller jusqu'à rappeler la publication des lettres de Lazare, combien pourrait-on citer de travaux d'allures très savantes coupables d'excès de confiance dans des sources suspectes. Ce touchant accord de l'humanité à se laisser très souvent duper en toute matière n'a rien qui doive indigner ou décourager. Elle prouve que la crédulité n'est pas un vice mais une fonction cérébrale. Un monde d'esprits toujours clairvoyants serait peut-être — très probablement, je crois — une monstruosité. Serait-il un idéal ? Cet idéal est bien loin de notre portée. Je laisse à d'autres le soin de discuter s'il convient de l'atteindre. Il est plus opportun de savoir pourquoi nous sommes si faciles à abuser et savons si peu défendre nos intérêts et notre raison.

Une des causes de la crédulité est l'ignorance. Il est bien évident que le plus savant peut facilement tromper le plus ignorant. Comme on ne peut être savant en toute question, il faut s'en rapporter à autrui, c'est-à-dire consentir à être éventuellement la dupe d'autrui. L'ignorance avouée n'est d'ailleurs pas la plus dangereuse ; l'ignorance dissimulée l'est autrement. Tel sera le cas d'un paysan qui signera une police d'assurance à laquelle il ne comprend rien, parce qu'il ne veut pas avouer qu'il n'y comprend rien. Dans tous les domaines, on est bien moins souvent victime du manque de savoir que du sot amour-propre de paraître savoir.

L'irréflexion est aussi une cause très fréquente de crédulité. Ainsi Flaubert raconte de lui-même un trait de naïveté un peu fort. Il avait déjà un certain âge que son jardinier lui disant : « Allez voir au bout du jardin, si j'y suis », il allait très sérieusement faire cette commission. Le jardinier devait sûrement penser que Flaubert manquait d'intelligence et qu'il lui était très supérieur. Or, c'est précisément parce que Flaubert était déjà un penseur et que son esprit s'occupait ailleurs, qu'il se laissait aussi facilement attraper.

L'esprit humain est d'une curiosité insatiable. Doit-on le lui reprocher ? Mais parce qu'il est curieux, ce qu'il a appris ne l'intéresse plus ou l'intéresse moins. Il lui faut du nouveau et du nouveau qui diffère autant que possible de ce qu'il sait déjà. De là, un goût prononcé pour l'extraordinaire, le merveilleux, le mystique. Un phénomène nous paraîtra d'autant plus intéressant qu'il est en contradiction avec toutes les lois constatées. On a qualifié cette tendance d' « esprit enfantin ». Sans doute avec l'âge et le travail régulier on trouve à étudier les faits les plus banals plus de joie qu'à s'émerveiller devant des phénomènes incompréhensibles. L'esprit mystique court les plus grands risques de se tromper et d'être trompé. Mais cette curiosité outrancière est aussi un puissant stimulant intellectuel. On se figure assez facilement que la superstition étant la contradictoire de l'esprit scientifique, les périodes où la superstition triomphe sous ses formes les plus variées et

les plus extravagantes doivent être des périodes de ténèbres et d'arrêt de la pensée humaine. Mais l'histoire, vue d'un peu près, nous montre que la vérité est tout autre. Les moments de grande prospérité intellectuelle sont aussi favorables à tous les charlatans. On y est aussi avide de pensées philosophiques que de pensées bizarres et déraisonnables. Cette coïncidence est particulièrement remarquable dans l'histoire du développement pythagoricien. A mesure que s'élaborent ces doctrines de la plus grande profondeur rationnelle qui préparent le siècle de Platon, les pratiques magiques affluent de toutes parts vers le centre de la pensée philosophique; le sorcier joue dans les mœurs et la législation le rôle prépondérant. Ce cas n'est pas exceptionnel. On pourrait le vérifier dans l'histoire de tous les peuples.

La crédulité mystique s'associe très bien avec la plus grande souplesse logique, la plus exacte précision du jugement et la plus profonde pénétration intellectuelle. Il en est des exemples trop célèbres pour qu'il soit nécessaire de les citer. Des ouvrages très connus ont donné des phénomènes anormaux de la subconscience des explications très diverses. Certains arrivent à des conclusions positives, plausibles, d'allures scientifiques et qui paraissent de beaucoup préférables à celles d'autres auteurs qui se rapprochent plus ou moins du spiritisme. Mais si l'on juge non pas la valeur des conclusions, mais la valeur des intelligences, on trouve parfois plus de netteté, de force d'argumentation, de vigueur cérébrale chez ceux qui concluent dans un sens mystique (nous pensons à l'*Etre subconscient* du Dr Geley) que chez ceux qui savent rester toujours sur le terrain positif. La valeur d'une intelligence n'est pas une garantie de la valeur de ses conclusions.

Il existe un autre genre de crédulité fort différent et peut-être encore plus dangereux. Celui qui en est victime n'a rien à se reprocher au point de vue logique, sinon quelquefois un peu trop de confiance en soi-même. Il en est ainsi lorsqu'on nous trompe en faisant agir contre nous notre propre perspicacité. Nous employons tous certains moyens de contrôle dans

la vie pratique et dans la vie professionnelle, pour vérifier l'exactitude de certains faits. Mais ces moyens de contrôle n'ont jamais une valeur absolue. Ils valent surtout contre ceux qui les ignorent ; une fois connus, ils perdent souvent toute leur utilité. Un malade qui aura bien étudié un livre de médecine pourra parfois tromper le médecin en lui détaillant tous les symptômes de la maladie qu'il veut se faire attribuer. C'est pourquoi les garanties que veut prendre la loi contre tel ou tel genre de fraudes sont bien difficilement efficaces, car la loi est pour le fraudeur un adversaire démasqué et le fraudeur est pour la loi un adversaire masqué. Dans la lutte entre policiers et malfaitenrs, la lutte est plus égale ; le plus savant des deux dupera l'autre par ses propres méthodes. C'est dans un roman policier qu'Edgard Poë, dont le génie est encore plus généralisateur qu'imaginatif, a posé le principe. Les procédés de contrôle et de critique valent pour chacun « so far as his labours extended », dans le cercle de ses activités et de ses capacités. Celui qui est au delà y échappe et peut à son aise se jouer de toutes les précautions que l'on a prises contre lui.

Nous avons distingué quatre types : crédulité-ignorance, crédulité-irréflexion, crédulité mystique, crédulité par limitation des moyens de contrôle. Le sujet n'est certainement pas épuisé. Nous pouvons toutefois en conclure d'une façon certaine qu'il s'agit de phénomènes psychologiques très divers et inévitables. Certes, il faut combattre les erreurs qui en résultent partout où on les rencontre, sans s'illusionner jusqu'à croire qu'on peut couper le mal à la racine. Pour celui qui étudie la psychologie humaine et la psychologie du Droit, qui en est une branche, la crédulité est une fonction intellectuelle et irrationnelle, un élément très net, très facile à observer et analyser de la pensée individuelle et collective. On la rencontre à tous les instants du développement juridique.

II. — *Les mythes linguistiques.* — Les récits toujours imagés, souvent poétiques et parfois incohérents qui forment le fond des diverses mythologies, semblent révéler chez les peuples primitifs une extraordinaire force d'imagination, une

exubérante fantaisie accompagnée d'un goût très accentué pour le merveilleux. Mais dans les mythologies les plus anciennes et dans les versions les plus anciennes des divers récits mythologiques, l'incohérence, la multiplicité des contradictions, le mépris de la logique la plus élémentaire devient le trait dominant. On ne saurait s'étonner que les divers peuples primitifs aient cru à des êtres surnaturels, qu'à ces êtres ils aient attribué les traits et les actions des hommes, en les exagérant de toute la force de leur imagination, et que de là soient nées des légendes fabuleuses telles que nous les trouvons un peu partout. La crédulité des peuples primitifs ne saurait surprendre, et ce n'est pas ce côté de la mythologie qui nous intéresse.

Mais la crédulité n'explique pas le décousu, la contradiction, l'incohérence d'épisodes juxtaposés à l'origine, sans aucun lien logique. Certains mythologues et philologues en ont donné une explication savante et ingénieuse, et il se trouve que cette explication ne vaut pas seulement pour l'interprétation de l'histoire des religions. Elle nous révèle une tournure particulière de l'esprit humain de tous les temps, que des penseurs anciens avaient signalé occasionnellement, sans se douter pourtant de son rôle dans le développement de la civilisation. Un rapprochement assez inattendu s'est fait entre mythologues, sociologues, juristes, philosophes. De là est née la théorie des « mythes », dont aucun élément ne m'appartient, pas même son application à la formation du Droit, mais dont je fais l'analyse sous une forme qui n'est peut-être celle d'aucun autre auteur.

Max Müller, en étudiant les origines de la mythologie indo-européenne, paraît avoir établi, d'une façon définitive, qu'au moins pour une bonne part les récits fabuleux primitifs sont nés du maniement maladroit du langage primitif, de la confusion entre les mots et les objets représentés ; de l'incompréhension des abstractions et des métaphores et de leur transformation en divinités. C'est ce qu'il a appelé les « maladies du langage ».

Ainsi les Védas, composés de formules liturgiques, métaphores destinées à célébrer les divinités, astres ou feu sacré, ont été traduits, de l'abstrait en concret dans la littérature brahmanique. Les éléments de la légende hindoue du déluge seraient déjà en entier dans les Védas, mais l'idée d'un vrai déluge y aurait complétement étrangère. Les Védas se préoccupaient uniquement de décrire la cérémonie du sacrifice dans des termes imagés qui furent interprétés plus tard comme des faits réels.

Il ne nous appartient pas d'apprécier si la méthode mulllérienne est justifiée dans tel ou tel cas ; il nous appartient encore moins de déterminer la part d'exagération dont l'école s'est rendue coupable en voulant ramener toute la formation des légendes religieuses aux seules « maladies du langage ». Il n'y eut sans doute jamais de religion sans sentiment de crainte ou d'espérance, amour du mystérieux, fantaisie, esprit d'organisation, impression esthétique et à chaque facteur il convient de faire sa part. Le phénomène en lui-même des « maladies du langage », l'emploi des abstractions et des métaphores par certains esprits, la traduction littérale et concrète de ces abstractions par d'autres esprits est un fait incontestable. Dans les périodes anciennes les uns voyaient des faits réels là où d'autres n'avaient voulu formuler que des idées symboliques. Or ces malentendus causés par la métaphore et l'abstraction se sont continués dans tout le cours de la civilisation et en toute matière. L'abstraction est d'un maniement extrêmement difficile ; bien peu en saisissent la portée exacte. Chacun les traduit à sa façon et d'après sa puissance intellectuelle.

L'analogie entre le « mythe linguistique » antique et ce que nous appellerons « mythe linguistique moderne » ne doit pas toutefois être exagéré. La confusion provenait autrefois surtout de l'état rudimentaire du langage. Aucune forme ne permettait de distinguer le concret de l'abstrait; les attributs étaient facilement pris pour des êtres indépendants des objets qualifiés. Aussi les esprits primitifs sur la voie de l'erreur allaient-ils jusqu'au bout. La métaphore devenait une réalité

pour si absurde et dénuée d'intérêt que fut sa traduction concrète. Si la célèbre métaphore de M. Prudhomme eut été formulée, le « char de l'Etat naviguant sur un volcan » eut donné dans le mythe un char, la mer et un volcan réels.

Le mythe actuel n'est pas identique. Le langage et l'esprit humain ont progressé. On ne prend plus des métaphores ou des abstractions pour des êtres physiques. On sait que la Raison, la Justice, la Bonté, l'Egalité n'ont pas une tête, des jambes, des mains. Il y a là au point de vue du simple bon sens un progrès énorme. Il est d'autre part des abstractions qui sont entendues à peu près de la même façon par tout le monde. Ainsi des abstractions physiques: couleur, grandeur, longueur, largeur. Certaines abstractions intellectuelles ou morales conservent pour la majorité une certaine précision. Mais il en est d'autres dont le nom prend une existence indépendante du sens, ou qui même se passent de sens rationnel. Le mot fait sa carrière indépendante, tout comme un dieu mythologique; connait ses heures de triomphe et de revers; se révèle tour à tour humain et bienfaisant, tyrannique, cruel, puissant, faible, sans que son contenu rationnel le gêne en rien dans ses incessantes évolutions.

« Quand une fois on a trouvé le moyen de prendre la multitude par l'appât de la liberté, elle suit en aveugle pourvu qu'elle en entende seulement le nom », disait Bossuet à propos de la révolution anglaise. Depuis lors, en tout cas — longtemps avant, sans doute, — la Liberté a poursuivi une triple carrière; elle a vécu et influencé le monde comme abstraction, comme idéal, comme mythe.

Comme abstraction, elle a subi l'analyse logique qui a montré les divers domaines auxquels elle s'applique, les formes qu'elle prend dans ces divers domaines, les limites nécessaires à sa propre réalisation: ainsi la liberté de l'un limitée par la liberté de l'autre; l'autorité d'un juge imposée pour maintenir l'égalité des libertés. Il serait très injuste de méconnaître tout ce que la notion de liberté a gagné dans ses derniers siècles au point de vue théorique et pratique.

Beaucoup de ce qui fut le développement rationnel de la

notion Liberté dort en paix dans le silence des bibliothèques ; mais elle a laissé dans la législation positive des conséquences bienfaisantes encore solides que nous espérons définitives sans en être absolument certain.

Il n'en est pas moins vrai qu'à côté de l'abstraction « Liberté », a vécu le mythe « Liberté » et que dans de nombreuses rencontres le mythe a vaincu l'abstraction, L'histoire de toutes les révolutions, de toutes les démocraties, de toutes les démagogies nous amènerait à répéter avec de plus en plus d'amertume la fameuse phrase de Bossuet. Que de tyranniques terreurs n'a pas provoqués le nom sacré de l'indépendance. « Citoyens, je vous arrête au nom de la Liberté » chantait-on sous la Révolution française. Il faut convenir que l'ironie n'était pas trop injuste.

Il faut d'ailleurs excuser les foules de méconnaître le contenu des abstractions dont elles se sont fait des idoles puisque des penseurs et non des moindres leur ont donné à cet égard les plus mauvais exemples. Que d'insanités n'a-t-on pas voulu introduire dans la définition du mot Liberté ? « La liberté est le pouvoir de faire ce que l'on doit », a dit Montesquieu ; « le pouvoir de faire le bien ; le droit de se dévouer à l'Etat ; le droit de prendre part à la vie publique... etc., etc. », ont dit bien d'autres auteurs. Sans doute, ceux qui ont ainsi parlé ont voulu enfermer dans ces formules vicieuses des considérations morales. Ont-ils eu raison ou tort, c'est leur affaire ? Mais ils se sont exclus du domaine de la logique rationnelle et ont commis de purs non sens. Il serait heureux que chacun employât sa liberté à faire le bien, à faire ce que l'on doit... etc., mais cela n'a rien à faire avec la définition de la « Liberté ». C'est absolument comme si l'on définissait un écu : « morceau d'argent destiné à être donné aux pauvres. » Il est aussi moral de donner des écus à des œuvres de charité, que d'employer sa liberté à remplir son devoir social ; pourtant aucun économiste n'a donné de la monnaie une définition analogue. Ce qui prouve que les philosophes sociaux ont un grand besoin d'introduire un peu de précision dans leur pensée.

Quand on est arrivé à faire dire à une abstraction tout le contraire de ce qu'elle signifie généralement, quand on a incorporé le mot « devoir » dans la définition de la Liberté, on en a détruit toute l'utilité rationnelle. On a créé un mythe, une force intellectuelle irrationnelle, et nous voyons que le peuple n'est pas le seul à s'en rendre coupable. Vider un mot de son sens véritable pour s'en approprier le prestige est une pratique très fréquente dans toutes les politiques et la marche du Droit s'en est considérablement ressentie.

Il ne faut pas confondre l'idéalisation d'une abstraction avec sa transformation en mythe. Idéaliser, c'est attribuer une valeur suprême à un être concret ou à une conception abstraite. Mais idéaliser n'empêche pas de juger. Le loup de La Fontaine sait très bien en quoi consiste la « Liberté ». Il la juge sur des données très positives et sa conception serait en parfait accord avec la définition la plus scientifique. Il la connaît et il l'idéalise ; il la met au dessus de tout autre bien. Il la préfère au « droit de faire son devoir » et la perspective des os de poulets et de pigeons ne le détourne pas de son choix.

Le mythe de la « Liberté » a un peu vieilli, on tend à lui substituer le mythe de la « Solidarité ».

Si nous voulons analyser le mythe de la « Solidarité », ce n'est pas pour critiquer les idées d'altruisme. de générosité, de bienveillance et d'optimisme humain qui, un peu à la débandade, se rangent en fait sous ce mot. C'est un exemple d'intellectualité irrationnelle, une incompréhension du mécanisme de l'abstraction un peu différent du précédent.

« Deux choses sont solidaires, dit le vocabulaire philosophique de Goblot, quand l'une n'est pas indépendante de ce qui affecte l'autre. » Cette définition ne nous dit pas si la dépendance doit être réciproque. Il semble que non dans l'esprit du philosophe, car il ajoute en exemple « l'hérédité est la solidarité des générations successives. » Or, si le descendant dépend de l'ascendant, l'ascendant ne dépend point du descendant, au moins de celui qui naît après sa mort. Toutefois, le langage juridique plus précis que la définition précédente

voit toujours dans la solidarité un lien réciproque. Il me semble difficile d'en retrancher l'idée de réciprocité.

Définissons donc la solidarité « une dépendance réciproque ». Nous avons ainsi réalisé une abstraction qui pourra nous être utile dans l'étude de la réalité concrète.

Dès que l'on veut faire l'application de l'idée de solidarité à l'examen objectif de la vie humaine, se révèlent des tendances solidaristes et des tendances individualistes. Les unes poussent à l'extrême la dépendance réciproque des hommes dans tous les domaines ; les autres donnent plus d'importance à l'effort individuel et intérieur. D'ailleurs, les uns et les autres ne peuvent que constater le phénomène de la solidarité humaine, mais ils différent dans l'appréciation de son importance : Ils restent d'ailleurs l'un et l'autre fidèles aux règles de la logique.

Mais le solidariste va plus loin « La mutuelle dépendance entre les hommes, fait que les uns ne peuvent être heureux et se développer que si les autres le peuvent aussi. » Cette affirmation dépasse de beaucoup les bornes de l'expérience. Ce serait déjà bien joli que tous les hommes pussent être heureux tous ensemble et que le bonheur de l'un pût exister sans le malheur d'un autre. Mais affirmer qu'il en est toujours ainsi et que le bonheur de l'un fait toujours le bonheur de l'autre, c'est prendre avec un peu trop d'entrain le contrepied de la réalité !

Dans le solidarisme foisonnent bien d'autres erreurs de logique. Des jugements de valeur faisant apprécier comme supérieures les institutions qui créent entre les hommes les liens les plus étroits ; des confusions entre ce qui est et ce qui doit être. Ce qui fait du mot « solidarité » un mythe, c'est la confusion inextricable de diverses conceptions qui, isolées, pourraient avoir une valeur logique ou une valeur morale et moralisante.

Les formes de gouvernements ont formé surtout en France de vraies maladies de la pensée. Certes, il est très légitime d'avoir des préférences réfléchies et même instinctives pour

la République, la Royauté ou l'Empire ou toute forme de constitution que l'on voudra. On a pourtant un peu dépassé la mesure et fait avec de simples mots de véritables divinités. Les questions constitutionnelles sont sérieuses, sans doute ; il en est des milliers d'autres tout aussi sérieuses. Précisément d'ailleurs parce qu'il s'agit de questions sérieuses, il est très raisonnable d'hésiter, de ne se ranger derrière aucune bannière, de n'avoir pas d'opinion précise et définitive en matière politique. C'est une vérité qui eût fait bondir et ferait peut-être encore bondir bien des gens. Le type de l'homme honorable était et est encore celui qui est né dans un parti, n'en a jamais discuté les principes, a tout sacrifié à son triomphe et meurt sans avoir jamais changé d'opinions. Il aura même l'estime de ses adversaires, selon une formule consacrée. Mais celui qui veut chercher les réalités derrière les étiquettes, et voyant que la supériorité et l'infériorité de tel régime est purement relative, refusera de se coller lui-même sur le front une étiquette constitutionnelle quelconque, déplaît aux uns comme aux autres.

Le domaine juridique est très favorable à l'éclosion des mythes. Un principe de Droit devenu populaire est presque toujours mal compris; car le Droit vit de fictions et la fiction n'est pas autre chose qu'une métaphore. Lorsque pour caractériser une monarchie absolue, on présente la volonté du roi comme source suprême de la loi et de l'organisation, on invente un phénomène psychique irréalisable, car le souverain le plus autoritaire ne pourra influer que sur une minime partie de la législation. Parfois, il s'en désintéressera complètement et le principe ne sera pas changé. Il conservera comme devise : *Sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas*, alors que sa faiblesse de caractère ou son esprit libéral l'empêcherait de faire aucun acte d'autorité. La souveraineté du roi absolu n'est qu'une métaphore.

La « souveraineté du peuple ou de la nation » est encore bien plus éloignée de la réalité. Car — outre qu'un acte de volonté collective est difficile à concevoir — bien peu de

citoyens interviennent efficacement dans la confection des lois et dans la direction politique du pays.

Lorsqu'on sait à quoi s'en tenir; tant qu'on n'est pas la dupe des mots ; lorsqu'on est convaincu que toute construction juridique est artificielle et ne peut être remplacée que par une autre construction tout aussi artificielle, l'emploi des fictions est parfaitement légitime. La science juridique ne peut s'en passer. La science politique peut aussi les prendre comme direction. Une constitution avec referendum fait une plus large part à l'idée de « souveraineté nationale » qu'une constitution à pouvoir purement représentatif. Mais aucune organisation ne peut transformer ce qui est purement métaphorique en réalité. Or pour beaucoup d'esprits la « souveraineté nationale » est une réalité, une réalité surhumaine, une sorte de divinité à laquelle on doit sacrifier son existence individuelle. C'est un véritable « mythe », provenant d'un phénomène psychologique très analogue à ceux qui ont enfanté les vieux mythes ariens.

III. *Mythes historiques.* — On confond avec le « mythe linguistique » résultant de l'incompréhension des métaphores et des abstractions, une catégorie de phénomènes psychologiques qui en sont assez différents. Ces phénomènes ont été particulièrement bien étudiés par Georges Sorel, si bien qu'on pourrait les appeler des mythes soreliens, s'il n'était pas abusif d'attribuer à quelqu'un une paternité dont il ne voudrait peut-être pas ; car on n'est jamais sûr d'interpréter exactement la pensée de qui que ce soit ; et le mythe sorelien que je veux analyser pourrait bien être désavoué par son inventeur. Je l'appellerai donc « mythe historique ».

C'est une force de l'histoire, une force intellectuelle et irrationnelle ; la croyance, la confiance en un événement prochain qui se recule peu à peu parce qu'il est extrêmement lointain ou même hors de portée. C'est l'illusion de l'homme qui escalade les montagnes et se croit tout près du sommet ; de celui qui est victime du mirage, qui court après l'arc-en-ciel ; c'est « l'image des peuples travaillant pour le vide, victimes de l'orgueil de quelques-uns ».

Au fond, le « mythe historique » est une conception irrationnelle de l'avenir. La prévision de l'avenir nous échappe, l'avenir déroute nos plus solides combinaisons, il n'en est pas moins vrai qu'entre l'intelligence et l'avenir existe certains rapports et qu'il est irrationnel de n'en pas tenir compte.

Toute représentation d'un événement futur est à un certain degré illusoire ou mythique, car les choses ne se passeront jamais exactement comme nous l'avons prévu. Notre incertitude de l'avenir, les erreurs de nos prévisions ne sont pas des fautes de notre pensée, à condition toutefois que nous ayons observé certaines règles. Nous ne devons pas prophétiser des choses contraires au bon sens, irréalisables ou difficilement réalisables. Il ne faut pas non plus s'illusionner trop fortement sur le degré de probabilité d'un événement. La foi en l'avenir ne doit pas être aveugle. Une saine logique exige que l'on n'affirme pas comme certain un avenir douteux. Une prévision téméraire, alors même qu'elle se réalise, est du domaine de la pensée irrationnelle. Toute prévision prudente, même si elle ne se réalise pas, est justifiée rationnellement. Ainsi Robida avait prévu, dans son *Vingtième Siècle*, la navigation aérienne, qui s'est réalisée. Il avait prévu une baisse continuelle du taux de l'intérêt qui ne s'est pas réalisée, mais à laquelle beaucoup d'économistes croyaient de son temps. Ces deux prévisions étaient aussi rationnelles l'une que l'autre et l'étaient d'autant plus qu'écrivant un ouvrage de fantaisie, l'auteur n'avait aucune prétention à l'infaillibilité.

Le « mythe historique » est l'affirmation, avec beaucoup plus d'énergie que la raison ne le permettrait, d'un événement futur douteux, parfois même irréalisable. Sorel indique comme tel le « mythe catastrophique » de Karl Marx, qui suppose la brusque disparition du capitalisme, la « grève générale » par laquelle les ouvriers producteurs imposeront leurs volontés aux patrons. Des croyances de cette nature ont toujours existé. Au Moyen Age et jusqu'à la Réforme, la conquête de la Terre-Sainte avait également ce caractère. On croyait fermement à

sa prochaine réalisation et cette croyance agissait sur la politique intérieure et extérieure des Etats.

Car le « mythe historique » est une force et une force très puissante. Il suscite plus d'énergie et d'action qu'une conviction rationnelle; infiniment plus. Personne n'en doute et n'en a jamais douté. Du plus grand homme de guerre au plus petit candidat à une élection municipale, tous ceux qui luttent affirment que leur victoire est plus que certaine. Il savent que le faire croire est acquérir un facteur essentiel du succès. L'homme ne donne son maximum d'effort que lorsqu'il est convaincu du résultat; le moindre doute le paralyse.

Mais pour Sorel, le mythe est quelque chose de plus. Cette conviction dans un événement futur s'exprime dans une formule brève n'ayant pas de contenu logique précis, mais susceptible de se traduire en images. L'expression « grève générale » ne doit pas s'analyser; elle évoque dans l'esprit de chaque ouvrier des images concrètes et variées représentant la soumission du patron et le triomphe du travailleur, matière inépuisable pour son imagination qui l'attache au mythe bien plus que la représentation exacte et positive du résultat à obtenir. Ainsi l'idée du ciel, de l'enfer, de la fin du monde, se traduisent dans l'esprit par des tableaux plus ou moins esthétiques, mais sont presque impossibles à définir en termes rationnels. Sorel qui est un bergsonien convaincu y voit une supériorité philosophique, car ces « mythes » s'adressant à l'intuition non à la raison peuvent être l'objet d'une connaissance supérieure à la connaissance rationnelle. Pour moi, ces maladies de la pensée me semblent complèment explicables en tant que défectuosité intellectuelle, et la force mystérieuse qui serait en elle, ne m'est pas visible, bien qu'il me semble imprudent d'affirmer qu'elle n'existe pas.

Ces phénomènes psychologiques présentent un caractère affectif beaucoup plus prononcé que les « mythes linguistiques ». Ce sont des illogismes et à ce titre constituent des faits intellectuels. Mais ils sont très souvent accompagnés d'éléments émotionnels, de violents désirs, de folles espérances qui font

vibrer tous les nerfs de l'être humain. Ils surexcitent les passions; ils peuvent aussi endormir les douleurs. Le mythe de la paix durable qui succédera aux guerres sans merci adoucit des chagrins qui sans cela seraient par trop cruels. Il est des cas ou le plus dur logicien se taira et laissera le mythe accomplir son action bienfaisante. L'historien qui n'a la responsabilité ni du présent, ni de l'avenir, qui a le seul souci de comprendre les forces qui ont agi dans le passé doit retrouver dans nos institutions bien des espoirs déçus, espoirs souvent déraisonnables auxquels des générations ont consacré leur vie.

L'homme va de déception en déception et ce n'est peut-être pas un mal. La conception mythique est infiniment plus riche qu'une prévision trop étudiée et trop précise. L'événement le plus heureux ne se réalise jamais que d'une seule façon et nous pouvons l'imaginer sous mille formes. Ainsi la grève générale si elle se réalisait serait une grosse désillusion pour ceux qui la désirent le plus. On n'aurait plus guère de cœur au travail si l'on savait exactement quel en sera le résultat.

IV. *La Mode.* — Il y a des modes pour les plus petits détails de toilette comme pour les plus hautes pensées métaphysiques. Il y a des modes pour vivre et pour mourir. Certains genres d'activité, certaines professions, certaines qualités intellectuelles ou morales, certaines croyances religieuses sont à tour bien portés ou démodés. Il y a des remèdes — on l'a dit bien souvent — qui ne guérissent que tant qu'ils sont à la mode. N'y a-t-il pas des modes juridiques? Incontestablement, la mode règne sur la doctrine comme sur la pratique. Elle détermine le fond et la forme du Droit. L'éminent magistrat, le célèbre avocat et même le savant jurisconsulte sacrifie autant et plus à la mode que sa femme pour si mondaine qu'elle soit.

Dans le développement des écoles juridiques des considérations de cette nature sont toutes puissantes. Chez les glossateurs qui se livrent au XII[e] et au XIII[e] siècle à l'étude ardue et sèche, semble-t-il, des textes de Justinien ce désir du nouveau est aussi puissant que partout ailleurs. Des œuvres

riches en idées sont négligées et font place à des travaux plats et ennuyeux parce que les premières sont trop développées et que la mode passe à la brièveté et à la concision.

Hic breviter studuit dogmata magna dare,
Ut brevitas operis possit placere modernis.

La mode est une illusion de progrès. Il est bien difficile de juger une nouveauté dès qu'elle se présente; il faut en faire l'essai pour savoir si elle est digne de remplacer ce qui existe. Lorsque l'expérience échoue, il nous paraît futile de l'avoir faite, alors que cette expérience pouvait dans une certaine mesure être parfaitement légitime.

La mode est encore le plaisir de changer pour changer par lassitude de ce qui existe, par plaisir de marcher en tête et de considérer les autres comme des retardataires. C'est peut-être encore le désir de ne pas se mettre en désaccord avec son milieu.

Dans tous les cas, c'est un phénomène d'intellectualité irrationnelle, une maladie de la pensée. Son influence sur les conceptions humaines a été constatée depuis trop longtemps pour qu'il soit nécessaire d'insister.

Nous n'avons examiné que quelques types de défectuosité intellectuelle. Ils suffisent à nous montrer que cette partie de la psychologie est extrêmement riche. Les maladies de la pensée ne sont pas des accidents que chacun puisse éviter par l'emploi d'une méthode quelconque appliquée avec attention et minutie. Elles sont de la nature sinon de l'essence de l'intelligence humaine.

§ 3. — Les « maladies de la Pensée » et le développement du Droit. — Si nous posons en principe que la vérité est toujours bonne, l'erreur toujours mauvaise, il faut en conclure qu'il est regrettable pour le développement du Droit d'avoir, en grande partie, été dirigé par des forces intellectuelles logiquement défectueuses. Mais, en elle-même la vérité n'est ni bonne ni mauvaise. Le vrai et le bien sont deux façons

d'imaginer les choses et n'ont entre eux aucune relation nécessaire.

Pratiquement et en donnant aux mots « bien » et « mal » un sens vulgaire et relatif, on pourrait se croire autorisé à affirmer : il est mieux pour l'homme de se conduire par des principes rationnels que de se laisser entraîner par des mots dépourvus de tout sens logique. A quelques esprits, cette proposition semblerait évidente, alors qu'elle n'a aucune valeur ni déductive, ni expérimentale. Nous ignorons ce que serait un Droit fait uniquement par des esprits logiques et poursuivant par des moyens logiques des fins réalisables. L'humanité sans nos « maladies de la pensée » ne serait plus l'humanité que nous étudions. Autant découvrir les mœurs de la licorne et de l'hippocampe.

D'autre part, l'intellectualisme irrationnel se tire tout seul à peu près d'affaire. On construit sur des axiomes absurdes, des institutions raisonnables, pratiques, parfois même ingénieuses. La « souveraineté nationale » que Duguit propose de mettre au rancart, a été — il le constate — un mythe d'une force progressive extrêmement puissante. Georges Sorel voit aussi dans les mythes une source d'activité féconde. Les mythes ont leurs détracteurs et leurs enthousiastes.

A certains moments de l'histoire, les amants désillusionnés de la déesse Raison, constatant que sa part n'est pas grande dans l'histoire des institutions, s'efforcent de découvrir quelle est la mystérieuse collaboratrice à qui le Droit doit sa vie bienfaisante et harmonieuse. Ils inventent des forces secrètes, des instincts, des subconsciences, des intuitions, quelque intellectualité secrète, quelque finalité transcendante qui cumulerait la poésie du mystère et le prestige de la raison. La théorie des mythes nous donne une autre direction. La déesse Déraison ou de l'intellectualité inférieure nous apparaît comme une force bien plus positive. Elle ne peut rien nous dissimuler ; elle seule peut nous donner la solution de bien des énigmes.

Il est certain qu'une erreur ou une ignorance n'apporte pas fatalement le malheur, et la vérité fatalement le bonheur. Il est des cas où les mensonges peuvent être heureux et ces cas sont nombreux. Dissimuler les dangers peut être un devoir, au moins une bonne action. Les peuples sont comme les individus à cet égard. *Decipi vult vulgus.* Le peuple veut être trompé parce qu'il en a besoin. Le mythe peut être très souvent une erreur salutaire. Et voici pourquoi :

I. L'irrationnel, le mythe est surtout un facteur d'énergie, ce qui le recommande aux esprits modernes, qui aiment l'énergie pour l'énergie. Les « maladies de la pensée » permettent de beaucoup agir, beaucoup parler, beaucoup écrire et peu réfléchir. Journaux, discours parlementaires, plaidoyers d'avocats, recueils d'arrêts et de jugements, qu'aurait-il pu naître de cette colossale activité semi-intellectuelle si elle avait dû se soumettre aux règles d'une stricte logique. La pensée mythique travaille formidablement et sa besogne suffit à la vie courante. Elle peut beaucoup créer, car elle est accessible à tous, collabore avec tous; car elle dissimule les difficultés de la pensée abstraite; car elle fait croire à la réalisation prochaine des plus folles espérances. Personne ne consentirait à donner un formidable effort pour un résultat souvent très minime. Le vieillard de La Fontaine créa un mythe en faisant croire à ses enfants qu'il avait enfoui dans son champ un trésor. Il leur apprit ainsi la valeur du travail et certes si tous les mythes étaient aussi heureux on pourrait leur pardonner leur nature irréelle et illogique. Il n'en est pas moins vrai que les fils travaillèrent parce qu'ils furent trompés et n'auraient pas travaillé s'ils n'avaient pas été trompés.

Tous les mythes ne donnent pas d'aussi bons résultats. L'effort n'assure pas toujours la prospérité. Que de gens, que de peuples ont gâché leur existence à ne pas savoir rester tranquilles.

On accuse l'intellectualité de paralyser l'action. C'est vrai en un sens. L'intellectuel a plus de certitudes que l'homme

d'action, mais il a plus de scrupules ; car la logique rationnelle peut rarement certifier qu'une direction est la seule bonne. L'énergie mythique choisit arbitrairement une direction quelconque. Si contre un mythe s'opposent les mythes adverses, les plus belles scènes d'incohérence et de violence pourront se dérouler, au grand plaisir des uns, au désarroi des autres. La pensée mythique est toujours plus agitée, elle n'est pas essentiellement plus agissante que la pensée rationnelle.

II. Dans une construction mythique, tout est loin d'être déraison. Le mythe est à la base, mais des générations se succèdent et s'efforcent d'effacer tout ce qui peut directement choquer le bon sens.

Le conte du Petit Poucet est composé de notions absolument disparates : un bûcheron pauvre, un enfant petit comme le pouce, des enfants perdus dans une forêt, des oiseaux qui mangent du pain, un ogre, des bottes de sept lieues... Avec ces données se sont constitués des récits d'abord incohérents, mais de mieux en mieux ordonnés. Le lien qui réunit ces diverses idées nous semble très naturel, tant le conte est maintenant logiquement enchaîné. Chacune des données n'était qu'une erreur de langage, une métaphore incomprise et pourtant l'intellectualité rationnelle de l'homme a fait avec ces divagations des récits tellement bien présentés que nous nous demandons malgré leur contenu fantastique s'ils n'ont pas réellement un fond de vérité.

Il en est de même pour les constructions morales et les constructions juridiques. Les éléments en ont été bien souvent à l'origine disparates et contraires au bon sens. Mais des séries de logiciens les ont ajustés les uns aux autres, ont soigneusement retouché ce qui pouvait choquer l'esprit général, en en donnant de subtiles explications et en fin de compte présenté un système parfaitement rationnel dans son ensemble et ses parties. Il ne reste plus de mythique qu'un petit élément bien dissimulé, très difficile à découvrir et, si on ne le découvre pas, on peut s'imaginer que la théorie a une valeur absolue, alors que sa valeur est purement relative,

tout aussi relative que celle d'autres théories moins bien travaillées.

La « souveraineté de Droit divin » a donné lieu à des constructions parfaitement rationnelles et indiscutables, une fois admis un premier principe. Le mythe « fonction sociale » corollaire du mythe « solidarité » pourra, se combinant avec de nouveaux éléments de nature diverse, fournir un plan d'organisation sociale très satisfaisant au point de vue logique, tant qu'on n'ira pas en critiquer la base.

Quand la construction ne plaît plus, on accuse le logicien d'avoir abusé de la déduction. C'est profondément injuste. Le logicien a fait ce qu'il a pu. On lui a fourni un mythe, il l'a habillé à la mode du jour; il ne peut faire autre chose. D'ailleurs on ne lui demande pas autre chose, parce que la vie humaine n'a peut-être pas besoin d'autre chose.

III. Lorsqu'une construction mythique a été systématisée par un ou plusieurs penseurs, il ne lui reste d'ailleurs d'irrationnel que la façon dont elle se présente, que sa prétention d'être ce qu'elle n'est pas. Elle est une fiction, une hypothèse, peut-être même une possibilité; elle croit avoir les caractères de la réalité, de l'objectivité, de la nécessité. Si, d'un principe que j'avoue faux ou douteux, je tire des conséquences, je fais un raisonnement hypothétique parfaitement justifié. « Tous les hommes sont bons ; ils ne peuvent faire que le bien », est une affirmation bien dangereuse. En la mettant au conditionnel « si tous les hommes sont bons, ils ne pourront faire que le bien », on lui restitue un sens raisonnable.

Les théories politiques d'un saint Thomas d'Aquin seraient inattaquables s'il prétendait construire un système aussi admissible que tous les autres, et tous les grands politiciens sont dans le même cas. Leur tort est de croire élaborer des doctrines nécessairement justes.

Or, parmi les individus comme parmi les peuples, il en est qui doutent d'eux-mêmes et d'autres qui en sont un peu trop sûrs. Ces derniers seuls sont intellectuellement inexcusables

et pratiquement dangereux. Sous les déguisements les plus divers, ce sont les mêmes Torquemada de la Pensée.

Les autres au contraire sont très excusables d'employer une intelligence imparfaite à défaut d'une meilleure, des principes relatifs à défaut de principes absolus et des fictions à défaut de réalités inaccessibles.

Dans une des plus belles scènes d'un drame du poète Mistral, on entend des galériens qui, attachés à leur banc, chantent autant pour se donner du cœur que pour ramer en cadence. Ils croient voir la lumière d'un château féerique dont ils seraient tout proches. Ils croient le voir, mais n'en sont pas sûrs; ce n'est peut-être qu'une étoile. Ils concluent en chœur: « Château ou non château ramons comme si c'en était un ».

Puisqu'il faut que chacun reste attaché à son banc de galérien, pourquoi nous refuserions-nous à croire que nous allons bientôt aborder au château merveilleux de la fée Sérane. Nous croyons en apercevoir les lumières. C'est peut-être une étoile qui nous trompe, mais qu'importe : Castéu o noun castéu, fasén coume s'i' ère.

Les rameurs de Mistral se font du mythe la seule conception à la fois philosophique et pratique.

§ 4. — **Mythes et fictions juridiques.** — Les pouvoirs législatifs et judiciaires se laissent facilement entraîner par des mythes. La doctrine ne peut les expulser du domaine juridique. Mais elle peut transformer le « mythe » en « fiction ».

On a beaucoup médit de la « fiction juridique », une critique bien superficielle l'a condamnée sans l'entendre, c'est-à-dire sans la définir, ni expliquer en quoi elle peut être condamnable. Car certains se sont fait l'étrange illusion de pouvoir construire le Droit sur des réalités objectives. Nous verrons plus tard ce qu'il faut en penser. Affirmons par anticipation que bien au contraire la théorie juridique est d'autant plus objective qu'elle se donne comme fictive et d'autant plus mensongère qu'elle prétend se passer de fictions.

La fiction n'est autre chose qu'un raisonnement hypothétique; partant de faits douteux ou faux, il peut être conduit avec autant de rigueur qu'une argumentation basée sur des faits réels et certains. Des sciences exactes — la géométrie notamment — font usage constant du raisonnement fictif. La fiction juridique n'est donc pas condamnable si elle indique comme artificiel ce qui est artificiel.

Ce que le législateur affirme comme un dogme, le jurisconsulte le considère comme une hypothèse. Il ne prend la responsabilité d'aucune affirmation. Le législateur à tout propos proclame utiles, nécessaires ou sacrés des principes qu'il ne saurait logiquement justifier comme tels. Le jurisconsulte n'ayant pas à apprécier mais à interpréter, qu'il approuve ou blâme la pensée du législateur, qu'il adopte à l'égard de la loi une attitude respectueuse ou sceptique, ne pose des principes que comme des fictions. La loi française pose le principe de la supériorité du mari sur la femme et lui donne la suprématie dans la direction du ménage. Le jurisconsulte ne peut pas ne pas en tenir compte, sinon il ne ferait pas du Droit français. En faisant l'application du principe à quelque cas particulier, il fait purement et simplement un raisonnement hypothétique dont la valeur logique est tout à fait indépendante de la valeur du principe lui-même.

Si l'homme est réellement moins apte que la femme à la conduite des affaires, le théoricien ne s'en affecte pas, car ce n'est pas lui qui a déclaré le contraire; tout ce qui logiquement doit être déduit de la suprématie maritale, il le déduira, car c'est là son premier devoir.

Seulement, les constructions doctrinales de droit positif sont bien rarement des déductions vraiment logiques, ce sont des constructions artificiellement logiques. Les conséquences se rattachent en général au principe par des liens extrêmement complexes qui n'ont de la simplicité logique que la seule apparence. De l'idée d'autorité ou de supériorité maritale, on déduit comme conséquence l'impossibilité pour la femme à figurer dans un procès civil même comme défenderesse. Il se-

rait complètement impossible à la logique formelle toute seule de relier l'application concrète au principe par un lien de nécessité. Mais le théoricien n'a pas tort de poser le principe voulu par la loi « la femme doit obéissance à son mari », et d'indiquer ensuite les multiples cas concrets que la loi indique comme en étant la conséquence. Les liens ainsi formés sont artificiels, mais ils sont fictivement vrais et peuvent servir de base à une construction parfaitement rationnelle.

Le théoricien reçoit du législateur certains principes et des décisions concrètes de provenance variée. Il doit de tout cela composer un ensemble harmonieux. Le jurisconsulte y réussit souvent si bien qu'il se trompe quelquefois lui-même et croit découvrir une harmonie réelle là où n'existe qu'une harmonie artificielle. Il lui semble que les solutions concrètes assemblées par le hasard et ingénieusement disposées par lui, ont leur raison d'être dans cette disposition même et qu'il n'a fait que découvrir une harmonie préétablie entre ces divers éléments. Prenant un mythe quelconque, « droit divin », « contrat social », « volonté du peuple », « solidarité sociale », et une constitution quelconque, il est facile d'établir des rapports rationnels quelquefois extrêmement ingénieux. Ces constructions sont très légitimes et très utiles ; mais il ne faut pas se tromper sur leur véritable nature.

Tout système comporte des principes et des dérogations aux principes. Supposons des principes bleus-autoritarisme, aristocratisme, collectivisme, — et des principes rouges, — libéralisme, démocratisme, individualisme, — il est aussi facile de donner à une législation quelconque l'étiquette bleue ou l'étiquette rouge. Dans la première combinaison les dispositions autoritaires se classeront dans la règle et les dispositions libérales dans l'exception ; dans la combinaison rouge, ce sera l'inverse.

Bentham, dans son dialogue *Truth against Ashurst*, cherche à mettre le torysme en contradiction avec le principe libéral qui est censé dominer toute la législation.

« La loi de ce pays n'admet d'autres restrictions aux ac-

tions des individus que celles qui sont nécessaires pour la sûreté et le bon ordre de la communauté en général » émet le juge Ashurst. Et le travailleur Truth lui oppose toutes les vexations de la loi qui l'empêche sans profit pour personne, de travailler où il veut et comme il veut. Il affirme que la législation anglaise de son temps, peut compter plus de mille restrictions à la liberté inutiles et même nuisibles. Sans doute, il avait raison en fait ; mais il avait tort en logique. Le bon vieux juge ayant toute confiance dans la sagesse du législateur et tenant compte de ses prétentions au libéralisme, devait admettre *par construction* que toutes les prohibitions légales étaient nécessaires au bon ordre de la société.

Si l'on veut poser le principe adverse : « La loi de ce pays n'accorde d'autres initiatives aux actions des individus que celles qui sont nécessaires pour la sûreté et le bon ordre de la communauté, » on renverserait la construction. Les mesures prohibitives n'auraient besoin d'aucune justification et les mesures libérales se justifieraient par l'intérêt public.

Les deux constructions sont fictives, et rationnelles en tant que fictives. Elles sont mythiques, au contraire, si l'on s'imagine que les dispositions concrètes de la loi dérivent réellement et logiquement des idées générales auxquelles on les rattache.

Au point de vue de la logique formelle, la combinaison rouge avec exceptions bleues ou la combinaison bleue avec exceptions rouges sont identiques lorsqu'elles ont le même contenu. Les actions permises ou défendues sont exactement les mêmes. Dans la logique juridique, il n'est pas indifférent, il est, au contraire, très important de savoir ce qui constitue le Droit commun. Le Droit commun est virtuellement plus puissant, il contient en lui tous les cas non prévus et se trouve être bien supérieur à l'exception, même lorsqu'il lui paraît être égal.

La construction juridique choisit parmi les éléments ceux qui seront doués de force attractive ; mais en prenant l'autorité de la logique formelle, elle se donne pour ce qu'elle n'est pas et participe ainsi de la pensée mythique.

II. — Il est dans le Droit bien des cas de pensée mythique qui ont passé inaperçus.

Souvent le législateur et ses interprètes emploient des expressions dont le prestige ne se discute pas. Mots concluants pour tous et qu'il semblerait sacrilège de vouloir regarder de trop près. Ce sont des mots magiques auxquels nous devons la civilisation qui nous entoure et la protection que nous donne la loi.

Et cela est vrai. Ces mots sont magiques parce qu'ils sont mythiques ; ils sont suggestifs et indéfinissables. Il serait fou d'en vouloir ébranler l'autorité, de réclamer même une terminologie plus précise et décolorée. Mais dans la tâche que nous avons entreprise de relier le passé juridique à la pensée philosophique, nous ne pouvons négliger d'en donner un exemple.

Prenons l'expression « Ordre public » dans le Droit civil français. Bien entendu, on pourrait trouver des exemples identiques dans toutes les législations modernes. Certes, tout ce qui se rapporte à l' « Ordre public » est respectable ; supprimer l'Ordre public serait supprimer le Droit. On peut ranger sous cette expression toutes les conceptions les plus élevées de notre civilisation... et quelques autres aussi.

Car ces mots « Ordre public » ne sont susceptibles dans notre Droit d'aucune définition logique. Les jurisconsultes qui ont essayé d'en donner une analyse même très vague n'ont envisagé que certains cas concrets et non tous les cas concrets auxquels ils s'appliquent. On a reconnu qu'il était impossible de dégager un criterium permettant de classer les lois d'ordre public et qu'il était également impossible d'en faire l'énumération. Alors ?

Alors ; il eût fallu que le législateur eût pris la peine, dans chaque cas, d'indiquer ce qui est d'Ordre public et ce qui ne l'est pas. Or, il ne l'a pas fait ; et nous ne pouvons pas suppléer à son silence, n'ayant de sa part aucune indication et ne pouvant en trouver ailleurs.

Bien mieux, lorsque l'Ordre public est violé, la Loi, l'Etat

réagissent par des actes absolument contraires. Parfois l'Etat et ses représentants dans l'Ordre judiciaire se sentiront directement offensés ; ils prendront l'initiative d'une répression contre les coupables ; ils empêcheront que l'acte incriminé produise ses effets nocifs.

Dans d'autres cas, l'Etat et ses agents se bornent à tourner le dos à l'acte déplaisant, mais n'interviennent pas. Les parties, si elles sont d'accord, pourront indéfiniment continuer leur trafic que la loi ne voit cependant pas de bon œil. La justice n'annulera même pas les conséquences de ces conventions contraires à l'ordre public lorsqu'elles sont réalisées. On peut jouer, payer ses dettes de jeu, rejouer le lendemain, se ruiner au jeu et l'on sera bien ruiné. Si la justice n'oblige pas le perdant à payer, elle n'oblige pas davantage le gagnant à restituer. La violation de l'Ordre public suscite parfois l'intervention de l'autorité, elle est uniquement sanctionnée dans d'autres cas par l'abstention complète de toute autorité.

L'acte contraire à l'Ordre public ne peut se classifier ni par sa définition, ni par sa sanction ; il échappe par suite à toute logique formelle et serait une conception mythique pour qui ne s'en rendrait pas compte.

Les vieux systèmes de philosophie du Droit en voulant expliquer l'irrationnel juridique par des principes juridiques en méconnaissaient la nature philosophique. Les systèmes plus modernes qui font appel au sentiment dès que la logique fait défaut ne sont pas mieux fondés.

L'intellectualité irrationnelle est une des sources juridiques les plus fécondes. Il est pour moi certain que la future philosophie du Droit y trouvera ses bases les plus solides.

LITÉRATURE SUR LES MALADIES DE LA PENSÉE

Burle. *La Notion du Droit naturel dans l'Antiquité grecque*, 1908, p. 42-43. « Les travaux de Grote, de Lobeck et de Lang, ont démontré d'une manière péremptoire qu'entre 620 et 500 avant J. C., l'Hellade fut certainement le témoin d'un étrange développement de craintes superstitieuses et de cérémonies mystiques destinées à les apaiser...... Cette époque se caractérise par une diffusion de confréries distinctes, de rites mystiques, de cérémonies expiatoires qu'on ne retrouve pas dans la période homérique. C'est alors qu'on peut relever la plus ancienne influence de la secte orphique, qui a dû si profondément influencer la philosophie pythagoricienne. En ce temps-là florissait Thalétas, législateur et magicien, Aristéas de Proconèse célèbre lui aussi par sa science magique.... On cite encore Epiménide de Crète.... C'est enfin l'époque de Pythagore et d'Onomacritos. On le voit par cette réunion de personnages qui réunissent à la fois les qualités de poètes, de philosophes, de magiciens et de législateurs, combien nous avons raison de parler de ce besoin de savoir et de croire qui traversa le vie siècle et marqua si fortement cette période. Le sentiment religieux alors si intense, les pratiques superstitieuses, l'amour du merveilleux, tout cela devrait, semble-t-il, exclure un effort spéculatif quelconque et arrêter le progrès des recherches purement rationnelles. Or, c'est le contraire qui se produit. »

Sainte-Beuve. *Nouveaux Lundis*, t. IX, p. 105. « Le talent de la parole crée plus de choses encore qu'il n'en exprime. Le mot simule l'idée, et, s'il est brillant, il lui prête vie. L'antique mythologie s'est peuplée tout entière de ces simulacres. Hier ce n'était qu'une métaphore, le lendemain, c'était devenu une divinité. »

Paul Reynaud. *Comment naissent les Mythes*, p. 245-247. « Toute la mythologie indo-européenne tire son origine de substitutions et de personnifications verbales :

» 1° Le nom de l'objet d'une comparaison implicite est substitué à celui de l'objet sur lequel porte la comparaison.

. . . .

» 2° Les personnifications mythiques sont la conséquence de l'erreur causée par des abstractions qu'on traite dans le langage comme s'il s'agisait d'êtres réels. En pareille circonstance, le mythe se produira ou non selon que l'on sera dupe ou non de l'artifice verbal d'où il peut sortir.

» Exemples de cas où le mythe préparé par le langage ne s'est pas réalisé : la *malesuada Fames* de Virgile ; la Discorde, la Politique.

» Exemples de cas où la personnification mythique a remplacé le mot abstrait dont elle est issue :

» Dans la mythologie classique (époque romaine) *Cupido* (le Désir).

» Dans la mythologie védique les Ratis (dons) et les Aratis (absence de dons). »

H. Hubert. Préface au *Manuel de l'Histoire des religions de Chantepie de la Saussaie*, p. 7. « ... il est certain que les noms sont naturellement et immédiatement susceptibles de personnification et d'autre part que des images et des dictons contiennent des mythes en puissance ; mais il est également sûr que les thèmes des mythes ne sont pas de simples images et que leurs personnages sont autre chose que des vocables. »

Edgard Poe. *The purloined Letter*. „ Bryant in his veary learned „ Mythology ", mentions an analogous source of error, when he says, that although the Pagan fables ar not believed, yet we forget ourselves continually, and makes inferences from them as existing realities. "

Millioud. *La Pensée mythique et la Pensée rationnelle*, p. 17. « Le second caractère de la pensée mythique et l'identification du signe et de la chose signifiée. Par là, s'explique le pouvoir évocateur du mot dont je parlais tout à l'heure. Le mot ne signifie pas la chose ; il est la chose ou du moins, il fait partie de la chose.

. . . .

» Cette croyance à l'efficacité du nom, et en général du mot, se retrouve chez tous les sauvages et chez les peuples anciens. Elle a peut-être été une des causes de la supériorité des Romains dans l'élaboration et dans la pratique du droit. »

Jean Jaurès. *De la Réalité du Monde sensible*, 2e édit., 1902, p. 182. « Mais l'idée générale, l'appréhension sous une même forme d'êtres ou de phénomènes particuliers, c'est le fondement du langage ; c'est à vrai dire le langage lui-même et le péril des mots n'est pas dans les sons, il est dans cette généralité des conceptions qu'ils permettent et qu'ils aggravent. »

Rey. *Leçons de psychologie*, p. 179. " L'idée abstraite s'est en effet élaborée dans la conscience même du lecteur, son symbole figuré, le mot l'éveille aussitôt, et par là, toute l'expérience organisée qu'elle représente à propos de chacune de ses applications particulières.

Mais ces avantages font immédiatement voir les dangers de l'abstraction et de l'emploi des concepts. Il se peut que l'expérience que représente le concept soit imparfaite, erronée, partielle et que dans la série indéfinie des substitutions possibles qu'il symbolise, nous en insérions sans y prendre garde d'impossibles. "

Léon Duguit. *Les Transformations du Droit public*, p. 15. « Le mythe de la souveraineté nationale a profondément remué les esprits ; il a ébranlé la vieille Europe monarchique jusque dans ses derniers fondements ; il a inspiré toutes les constitutions politiques du nouveau monde ; il a fait sentir son action jusque dans ce monde immobile et fermé qu'était l'Empire chinois. »

Georges Sorel. *Réflexions sur la Violence.*

P. 26. « ... les hommes qui participent aux grands mouvements sociaux, se représentent leur action prochaine sous forme d'images de batailles assurant le triomphe de leur cause. Je proposais de nommer *mythes* ces constructions dont la connaissance offre tant d'importance pour l'historien : la grève générale des syndicalistes et la révolution catastrophique de Marx sont des mythes. »

P. 30. « ... les objections que le philosophe adresse aux mythes révolutionnaires ne sauraient faire impression que sur les hommes qui sont heureux de trouver un prétexte pour abandonner « tout rôle actif » et être seulement révolutionnaires en paroles. »

P. 89. « ... on représentera les mouvements des masses révoltées de telle manière que l'âme des révoltés en reçoive une impression pleinement maîtrisante.

Le langage ne saurait suffire pour produire de tels résultats d'une manière assurée ; il faut faire appel à des ensembles d'images capables d'évoquer *en bloc et par la seule intuition*, avant toute analyse réfléchie la masse de sentiments, qui correspondent aux diverses manifestations de la guerre engagée par le socialisme contre la société moderne...... Cette méthode présente tous les avantages que présente la connaissance totale sur l'analyse, d'après la doctrine de Bergson. »

P. 124. « Faire de la science, c'est d'abord savoir quelles sont les forces qui existent dans le monde, et c'est se mettre en état de les utiliser en raisonnant d'après l'expérience. C'est pourquoi je dis qu'en acceptant l'idée de grève générale et tout en sachant que c'est un mythe nous opérons exactement comme le physicien moderne qui a pleine confiance dans sa science, tout en sachant que l'avenir la considérera comme surannée. »

Neuman. *Grammaire de l'Assentiment*, p. 69. « L'assentiment si puissant qu'il soit, associé aux images les plus vives, n'est pas, par cela même efficace. Strictement parlant, ce n'est pas l'imagination qui crée l'action ; c'est l'espérance ou la crainte, l'amour ou la haine, les désirs, les passions, les impulsions de l'égoïsme du moi. L'imagination n'a d'autre rôle que de mettre en mouvement ces forces motrices, et elle réussit en nous présentant des objets assez puissants pour les stimuler. »

Dupréel. *Théorie des Idées confuses (Revue de métaphysique et de morale*, juillet 1911).

P. 518. « Les idées ne se répandent pas de la même manière dans les esprits selon qu'elles sont claires ou confuses. Pour les idées claires, la valeur logique est la condition qui prévaut, par cela même qu'on l'aperçoit aisément.

. . . .

» Pour les idées confuses, c'est l'utilité, au sens plus large du mot qui est la première condition de leur adoption. Elles sont avant tout des instruments et des avantages. Elles passent d'un esprit à un autre grâce à l'emploi dont elles sont susceptibles. On les adopte par le fait qu'on se sert des mots qui les désignent et qu'on les comprend. »

P. 521. « L'observation montre à l'évidence que les lois de notre activité ne correspondent pas toujours terme à terme aux lois de notre connaissance. Mais c'est précisément à ce désaccord relatif que les idées confuses doivent leur raison d'être. En tant que claires, les idées peuvent être tenues pour de la connaissance pure; en tant qu'elles contiennent de la confusion, elles expriment à la fois de la connaissance et de l'activité; elles sont un instrument d'action fait avec de la connaissance. »

Geny. *Science et Technique en Droit positif privé*, 1914. « Le *mot* qui exprime le concept dans son unité et sa simplicité, la *formule*, qui en traduit l'agencement et la combinaison avec d'autres concepts, pour en faire un ensemble plus complet, nous apparaissent donc aussi comme prenant part à l'élaboration des réalités juridiques dans l'intelligence. A vrai dire, ce ne sont pas seulement des instruments passifs au service de la pensée. Le langage aide puissamment au développement précis et réglé des concepts et la rigueur, qu'il leur assigne, rencontre comme une rançon dans l'élasticité et la souplesse qui permettent aux mots eux-mêmes de s'adapter sans cesse à de nouvelles représentations. En cela réside, d'ailleurs le principal écueil de ce mode de reproduction et de communication des idées. Il illusionne par sa fermeté apparente, alors que derrière la même enveloppe, immobile et raide, peuvent se dissimuler des pensées diverses, flottantes, infiniment nuancées et molles. »

Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français*, t. 1, p. 117. « Ni la législation ni la doctrine ne fournissent un criterium à l'aide duquel on puisse déterminer, d'un manière certaine, quelles sont les lois qui doivent être considérées comme intéressant l'ordre public. Et il serait difficile de donner une énumération complète de toutes les dispositions législatives qui, à titres divers, et à des degrés plus ou moins prononcés, présentent ce caractère. »

CHAPITRE X

Le Rationnel et le Droit : Analyse. Brocard. Définition.

BIBLIOGRAPHIE. — Gény, *Science et Technique en droit positif privé*. 1re partie, 1914. 2me partie, 1915 ; — *Méthode d'interprétation*, 1899.

Wundt, *Logik*, c. IV, 3. Die *Rechtswissenschaft* ; — Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911 ; — Wurzel, *Das juristische Denken*. Wien 1904 ; — Elzbacher, *Ueber Rechtsbegriffe* ; — Salomon, *Das Problem der Rechtsbegriffe*.

Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*. 1911 ; — Micescou, *Essai sur la technique juridique*. 1911 ; — Condomine, *Essai sur la théorie juridique et sa fonction*. 1911 ; — Djuvara, *Le fondement du phénomène juridique*. 1913.

Aillet, Calderoni, Meynial, Charmont, Mailleux, Winter, articles divers dans *Revue de métaphysique et de morale*. 1900-1911.

Jhering, *Esprit du Droit romain*, trad. Meulenaere. t. IV (ch. 2, sect. 3).

Pillius, Azo, Damasus, Petrus de Bellapertica, *Brocarda* ; — Bartholomeus Socinus, *Regule cum suis ampliationibus et fallentiis e toto jure delecte* a Benedicto Vado *postillate*. 1529 ; — Jac. Godefroy, *Florilegium Sententiarum* ; — Decius, *De regulis juris*. 1546 ; — Barbosa, *De axiomatibus juris usu frequentioribus*. 1676 ; — Volkmar, *Paroemia et regule juris Romanorum, Francogallorum, Germanorum, Britannorum*. 1854 ; — A. Loysel, *Règles, sentences et proverbes*. 1607 ; — Le Roux de Lincy, *Le Livre des Proverbes français*. 1859 ; — Chaisemartin, *Proverbes et Maximes du Droit germanique*. 1891 ; — Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer* ; — Ed. Grafet, Math. Dietherr, *Deutsche Rechtssprichwörter* ; — Perreau, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*. *Rev. trim*. 1911 ; — Fabreguettes, *La logique judiciaire*. 1914. — Raffaele Corso. *Proverbi giuridici Italiani* (*Archivio d. Tradizione Popolari* XXIII. 1907). — *Kalabresische Rechtsprichwörter*.

Liard, *Les définitions géométriques et empiriques*; — H. Rickert, *Die Lehre von der Definition*; — Alciatus, *De verborum significatione*. — Cicéron. *Ad. Herennium* I : 23. II. 16. 39. IV. 35. *De Inventione*. I. 75. II. 31. *De Oratore* I. 50. 54. 60. III. 19. *Topica ad Trebatium jurisconsultum*. 6. 25. 51. *De partitione oratorii* 38. 52.

Leibniz, *Specimen difficultatis in jure*. *Revue critique*. 1859; — Hegendorfinus, *Dialectica legalis*; — Prantl, *Geschichte der Logik im Abendlande* 1855-1870.

§ 1.— Le Rationnel simple. — Les « maladies de la pensée » sont des aberrations de l'intelligence. Ce sont des opérations intellectuelles déraisonnables ou irrationnelles. Il est d'autres opérations intellectuelles qui sont rationnelles, c'est-à-dire raisonnables sans être à proprement parler « logiques » et encore moins « scientifiques ». C'est ce que nous appellerons le « rationnel simple ».

Lorsque Gallien dit « oui » et Hippocrate « non », il faut que l'un se trompe, car ils affirment ou nient des faits de nature physique qui existent ou n'existent pas. Donner raison à l'un, c'est donner tort à l'autre. Quand Proculus dit « oui » et Sabinus « non », ou quand deux juristes quelconques se contredisent, ils peuvent avoir raison tous les deux. Il se peut que l'argumentation de l'un soit aussi serrée, aussi bien conduite, aussi approfondie que l'argumentation de l'autre, auquel cas les deux opinions sont aussi raisonnables l'une que l'autre, car il n'existe aucun fait objectif qui puisse servir à apprécier leur opinion. Il en est ainsi dans la vie pratique, du moins presque toujours. On peut parler, écrire, agir avec beaucoup de bon sens et de réflexion dans des sens très divers. La vie comporte rarement des problèmes logiques; elle est une suite de problèmes rationnels.

Le problème logique ne comporte qu'une solution; s'il est bien conduit, il aboutit nécessairement à une vérité relative ou absolue, mais à une seule vérité. Le problème rationnel comporte presque toujours plusieurs solutions. Les opérations d'intellectualité rationnelle ne sont jamais rigoureusement déterminées et flottent un peu au hasard. Elles néces-

sitent pourtant, dans bien des cas, un travail cérébral intense et soutenu. Le « rationnel simple » n'est pas une pensée d'un ordre inférieur à la pensée vraiment logique. Elle peut être beaucoup plus complexe. Mais c'est autre chose et il ne faut pas les confondre.

Il n'est aucune discipline où l'on ait autant raisonné que dans le Droit; il n'en est peut-être aucune qui ait des procédés d'argumentations aussi riches et aussi variés. Le Droit a peut-être fait pour le développement de la cérébralité humaine beaucoup plus qu'aucune autre science. Mais le plus souvent le Droit n'arrive pas à la logique proprement dite. Son terrain de prédilection est la raison, le rationnel simple. Je ne dis pas qu'il ne puisse dépasser ce degré, atteindre la logique pure et même le scientifique. Mais s'il le fait, ce ne peut être qu'exceptionnellement.

Nous allons dans ce chapitre étudier quelques-unes des opérations rationnelles qui ont joué son rôle dans le développement du Droit.

§ 2. — L'analyse. — Si l'on compare la marche d'un procès même dans une société très primitive à une discussion ordinaire même dans une société très civilisée, on est frappé de l'ordre qui caractérise la discussion juridique et de l'incohérence qui caractérise toute autre espèce de discussion. Les polémiques de presse, les discussions parlementaires ont lieu normalement entre personnes de haute éducation, qui savent parler et qui savent écrire, auxquelles même l'éducation juridique n'est souvent point étrangère. Est-il exagéré de dire qu'elles embrouillent les questions plus qu'elles ne les éclaircissent? Les adversaires non sans malice faisant flèche de tout bois, accumulant les récriminations les plus diverses, faisant surgir les argumentations les plus inattendues, entassant affirmations et négations sous les formes les moins précises, étourdissent ceux qu'ils prennent comme juges et les rendent complètement incapables de se faire une opinion raisonnable.

I. *L'analyse et la procédure.* — Les querelles de famille et de tribu avant la naissance du Droit n'étaient sûrement pas mieux ordonnées et l'on peut facilement se figurer un malheureux petit chef de tribu assailli par les criailleries de deux adversaires entourés des leurs et se lançant accusations et injures tout en suppliant ou même menaçant le roi pour obtenir son appui. Dans ce chaos, aucun moyen de se reconnaître ; pour organiser ce chaos, un seul moyen : l'ordre, c'est-à-dire l'analyse.

On peut considérer que le Droit est né au moment précis ou le souverain a pu dire aux parties : « Ne parlez pas tous à la fois. »

« Or faites paix, si escoutez. »
« Wellet ir nû gedagen,
Swigen und hœren sagen. »
« Silentium per sacerdotes imperatur. »

Il a pu ajouter :

« Lâchez tous deux l'objet disputé. »
« Mittite ambo hominem. »

Et ensuite « Ne parlez pas de tout à la fois. » « Ne faites à la fois qu'une seule accusation. » « Répondez directement à l'accusation et n'accusez pas vous-même. » « Répondez franchement par oui ou par non. » « Ne remettez pas en cause les vieux procès déjà jugés. »

Et ces diverses prescriptions nous expliquent le caractère essentiellement analytique des anciens Droits.

Bien entendu, nous ne prétendons pas faire une description même approximative de ce qui s'est passé d'une façon concrète. Il se peut que ces principes d'organisation ne soient dus que pour une faible part à l'initiative royale, que les groupes primitifs par leur propre administration aient développé quelques éléments de l'organisation judiciaire. Il se peut surtout que le pouvoir religieux ait été le premier organisateur des procès et que la précision des formules religieuses ou magiques ait préparé la précision de l'analyse juri-

dique. Il n'en est pas moins certain que la direction des procès a passé du prêtre au roi qui a scrupuleusement suivi les vieilles méthodes, seules capables d'aboutir à une véritable organisation judiciaire.

Ce rôle de l'analyse dans le développement du Droit, Jhering l'a merveilleusement développé dans son *Esprit du Droit romain.* Cette partie de son travail est aussi ingénieuse que solide, et toute histoire de la logique juridique doit s'en inspirer. La célèbre expression d'alphabet du Droit est une trouvaille ; ce n'est pas la seule.

Il distingue très heureusement l'analyse concrète de l'analyse abstraite. L'analyse concrète est presque matérielle au moins à ses débuts. La police de l'audience est déjà de l'analyse ; elle est, en tous cas, la condition indispensable de toute analyse. La procédure n'est pas autre chose que l'art d'adapter sa réclamation à la police d'un tribunal donné. Les grands principes de la procédure et de l'organisation judiciaire sont des principes analytiques.

Il en est ainsi de la compétence. Une plainte ne doit être portée que devant un seul juge et devant un juge donné. « Ne battez pas avec deux verges et ne disputez pas avec deux juges », dit un proverbe abyssin (Faïlovitch. ed. Geuthner). Et il ajoute : « Même si tu sais tout ne te dispute pas avec le juge. » Ainsi les rôles confus à l'origine sont précisés. Le juge tranche la question et les parties doivent se soumettre. L'autorité de la chose jugée, qui écarte d'une nouvelle plainte tous les vieux griefs déjà examinés, est un gain important de l'analyse juridique sur la nature humaine, qui n'oublie rien, ne pardonne jamais. Dans la vie pratique, chacun conserve soigneusement au fond de son âme tous les reproches que l'on pourra adresser à ses adversaires et même à ses amis en cas de brouille ou de discussion. Les procédures primitives encore plus que les procédures modernes déblayaient les querelles juridiques de ce fonds de rancunepar besoin d'ordre sinon par générosité. Mais quelle supériorité de la pensée juridique sur la pensée vulgaire que les morales

les plus pures et les plus poétiques n'arrivent guère à influencer !

La discipline judiciaire primitive impose au demandeur une précision extrême dans l'énoncé de ses réclamations. Ne soulever qu'un seul grief, ne s'appuyer que sur un seul principe de Droit, ne réclamer qu'un seul objet et s'exprimer de telle façon que le défendeur d'abord, le juge ensuite, puisse par un simple « oui » ou un simple « non » déterminer si la demande est justifiée ou ne l'est pas.

Du défendeur on exige qu'il réponde par une simple négation, qu'il ne soulève pas de questions nouvelles, qu'il ne se porte pas demandeur à un autre titre, qu'il ne cherche pas à échapper aux reproches qu'on lui adresse en récriminant à son tour contre son adversaire. On lui interdit la reconvention, la compensation et même parfois l'exception. Il est vrai qu'on ne peut pas toujours lui interdire d'invoquer certains faits que l'adversaire a su taire et qui sont de nature à le libérer. De là un mécanisme de procédure assez subtil, variable, suivant les législations, qui cherche par des analyses plus raffinées à suppléer aux défauts de l'analyse matérielle et rudimentaire primitive.

L'analyse concrète domine la confection des actes. Cette procédure extrajudiciaire destinée à fixer le droit et en cas de procès à l'appuyer en justice, doit s'harmoniser plus ou moins à la procédure judiciaire.

Lorsqu'il aborde l'étude de l'analyse abstraite l'exposé de Ihering ne présente plus la même netteté. Il nous semble même à certains moments s'écarter tout à fait de son sujet. Les ingénieux aperçus qu'il nous présente, notamment sur l'exercice du pouvoir par les fonctionnaires irrégulièrement élus, ne paraissent avoir aucun rapport avec la question.

II. *Analyse concrète et analyse abstraite.* — Nous dirons donc après Ihering que l'analyse faite en procédure et dans la confection des actes juridiques est une analyse concrète ; mais encore convient-il de préciser en quel sens. C'est une analyse concrète par la discipline imposée aux parties pour for-

muler leurs plaintes ou pour créer entre elles des liens juridiques. Cet esprit d'analyse se manifeste par la multiplicité des cérémonies, leur ordre, les gestes et les paroles assignées à chacun, la pluralité ou la forme des écrits, tous actes concrets et matériels. Mais les procédures imagées des vieilles civilisations sont susceptibles de traduire des distinctions très subtiles de l'esprit juridique abstrait. En distinguant le contrat de vente du transfert de propriété qui en est la suite rationnelle, on impose aux parties deux cérémonies distinctes qui pourront se jouer sous deux formes diverses et devant deux publics différents. Mais ces deux actes concrets expriment la distinction entre les droits réels et les droits personnels, distinction extrêmement subtile qui constitue un des principes les plus importants de l'abstraction juridique.

Si l'on veut par suite être tout à fait précis, il faut distinguer :

1° l'analyse juridique purement concrète, celle qui impose une division matérielle sans imposer une division des conceptions juridiques correspondantes. Ainsi l'obligation pour les parties de parler l'une après l'autre, d'intenter une action séparée pour chaque objet que l'on réclame.

2° Analyse juridique purement abstraite. Division purement intellectuelle des concepts juridiques sans traduction matérielle dans la procédure ou la forme des actes. Tel est le travail du juge dans les législations où les conflits lui sont présentés sous forme complexe et où il doit en séparer les éléments.

3° Analyse juridique à deux faces concrète et abstraite dont nous avons déjà donné des exemples.

Or dans ce dernier type, parfois le séparation matérielle a précédé et causé la distinction abstraite, et parfois c'est le contraire. L'analyse juridique opérée par l'autorité et ses représentants a un caractère plus souvent matériel; l'analyse juridique opérée par l'individu ou ses représentants, un caractère plus abstrait; c'est-à-dire que l'un part du concret pour aller à l'abstrait, l'autre de l'abstrait pour aller au concret. Lorsque le Pouvoir s'occupe d'organiser, il

prend soin de dicter aux parties la conduite qu'elles doivent tenir et ses ordres sont formulés sous forme précise et concrète. Mais lorsque le Pouvoir est indiscutable et que l'on ne peut échapper à la sanction, c'est l'individu qui se préoccupe de se mettre en règle avec lui. Il a besoin de l'analyse abstraite pour examiner sa situation et comprendre quel est l'ordre du roi pour tel cas déterminé. Ainsi de nos jours nul n'est censé ignorer la loi et le souverain n'a pas besoin d'expliquer ce qu'il veut. C'est l'affaire du public. Le jurisconsulte moderne travaille pour le public et non pour le pouvoir, qui n'a pas besoin de lui pour se faire obéir. Quand le souverain est faible, il a besoin du jurisconsulte pour savoir comment il peut guider ses sujets et le jurisconsulte travaille pour le souverain. Ainsi le banquier qui installe des guichets avec des inscriptions fait une opération d'analyse concrète, le client qui se demande à quel guichet il doit s'adresser pour une opération déterminée, fait une opération d'analyse abstraite. Leur concours aboutit à une analyse complète.

III. *Valeur logique de l'analyse juridique.* — Les services que l'analyse juridique a rendus à l'humanité sont incalculables. Elle a été la plus merveilleuse éducatrice de la pensée ; aucune civilisation n'a pu naître sans elle. Qui pouvons-nous connaître des XIIe, XIIIe et XIVe siècles ? Des juristes et des architectes. L'œuvre des architectes est à la portée de tous ; l'œuvre des juristes n'est accessible qu'à un petit nombre. Elles sont pourtant l'une comme l'autre d'une grandiose portée et d'un travail extrêmement délicat. Tandis que l'architecte dominait la vie esthétique ; le juriste était le seul maître de la vie intellectuelle. Au XVIe siècle, le Droit a passé la main à la théologie et à la philosophie et ces doctrines nous sont mieux connues et plus vivantes. Quant au degré de force intellectuelle qu'elles ont pu développer, je ne suis pas certain qu'elles soient supérieures à l'éducation juridique, à l'éducation due à l'analyse juridique.

L'analyse juridique possède cette incomparable valeur éducatrice parce qu'elle est une opération extrêmement délicate,

qui exige du cerveau une activité générale, qui fait appel aux facultés créatrices autant qu'aux facultés observatrices, et aux facultés critiques et déductrices.

Et pourtant nous n'hésitons pas à mettre l'analyse juridique en dehors des opérations de la logique proprement dite, car pour nous la logique doit être une opération de l'esprit nécessaire, un travail qui doit être forcément conduit dans un sens et non pas dans l'autre. Or on peut analyser un même rapport de Droit de diverses façons. Il est des façons plus familières de découper la matière juridique, mais il en est d'autres d'aussi légitimes qui peuvent nous surprendre un moment, mais lorsque chacun veut se donner la peine de bien affiner son couteau, on est bien obligé de reconnaître que l'esprit d'analyse en lui-même, dégagé de tout préjugé, peut approuver plusieurs solutions pour le même problème.

§ 3. — Le Brocard. — Quiconque de parti pris négligerait le brocard comprendrait peu de chose au mécanisme réel de la pensée juridique. Les Droits primitifs et les Droits savants, les Droits théoriques et les Droits pratiques aiment ces formules brèves qui emportent la conviction mieux que de longs discours. Le gros public moderne ne connaît du Droit que quelques brocards souvent mal compris. Les peuples des époques anciennes en avaient souvent une riche provision dans la mémoire. Mélangés aux proverbes sur la pluie et le beau temps, la conduite de la vie et la morale, ils formaient la base de leur fortune intellectuelle. Cette sagesse des anciens nous a donné une grosse part du Droit coutumier et pour scientifiques que prétendent vouloir devenir nos modernes interprètes des lois, il ne semble pas que la pratique juridique puisse y renoncer de longtemps.

I. *Définition et forme du brocard.* — Mais que sont les brocards? On peut les appeler aussi proverbes, sentences, adages, maximes, axiomes, aphorismes, règles juridiques, préceptes, notabilia. Toutes ces expressions ne sont pas synonymes; mais elles se fondent si bien les unes dans les autres qu'on ne

peut faire entre elles de distinction précise, pouvant être utilisée pour une classification.

Le brocard est un principe qui a la prétention de ne pas être discuté. Il se présente comme un axiome juridique, bien qu'il ait rarement ce caractère. Sa valeur logique est très variable, souvent extrêmement faible; ce qui ne l'empêche pas d'avoir dans son milieu une autorité décisive.

Cette autorité, le brocard en doit très souvent une grosse part à sa forme, la concision ou l'allitération.

L'impératif est toujours concis; le concis a pour cela même l'allure impérative. L'affirmation sèche et tranchante écarte toute idée de discussion et même toute idée de réflexion. Mais telle n'est pas toutefois la forme la plus usitée. Le proverbe juridique veut convaincre plus que s'imposer. Il s'insinue dans l'esprit par des qualités de symétrie et d'harmonie que la psychologie humaine confond facilement avec la raison. Le brocard se compose de deux phrases qui s'étayent et se soutiennent mutuellement par la répétition des mêmes syllabes, des mêmes mots, ou par la concordance de leur terminaison.

Tout le monde sait qu'un bon proverbe doit bien rimer pour être juste. Un bon proverbe juridique le doit aussi; mais il aura encore plus de force par l'allitération ou la répétition de mots et si l'on peut y mettre tout à la fois rime, allitération et répétition de mots, il n'en aura que plus de valeur.

Il ne faudrait pas croire que ces formes spéciales aient pour principale ou unique raison d'être de se graver dans la mémoire. Leur principale raison d'être est de convaincre. Leur force convaincante n'a rien perdu dans notre psychologie moderne. Qu'on épluche l'œuvre d'un personnage à grande allure, orateur ou journaliste, les allitérations et répétitions de mots y seront fréquemment rencontrées. En veut-on un exemple: *Les idées générales* sont des *idées généreuses;* voilà une pensée qui n'est pas très ancienne et qui même en dehors de sa forme allitérative mérite d'être admirée. Si l'on s'était borné à dire : Les idées générales sont bonnes ou bienfaisante; aurait-on pris la peine de recueillir cette phrase.

Un dicton aussi banal que moderne exprime d'ailleurs la philosophie de l'allitération : « Bon et bête commencent par la même lettre. » ce qui présuppose que tout ce qui commence par la même lettre a quelque chance de se ressembler.

Il ne serait peut-être pas indispensable de donner des exemples : Le trésor des dictons juridiques est très riche et à la portée de tous. Citons toutefois quelques formes typiques puisées un peu partout.

Proverbes allitératifs :

« Summum jus, summa injuria. »
« Nemo liberalis, nisi liberatus »
« Lend ende liod rema ende sîn lif helpa. »
« Was der fackel verzehrt, ist farnis. »
« La forme emporte le fond. »

Dans les dictons suivants:

« Resoluto jure dantis,
Resolvitur jus accipientis. »
« Qui potest et majus,
Potest et minus. »
« Inclusio unius,
Exclusio alterius. »
« Voix d'un,
Voix de nun, »

la répétition, le parallélisme des termes s'unit à la rime et à l'assonance pour donner au proverbe son allure populaire.

Les brocards purement rimés sont légion dans beaucoup de langues, qui même n'emploient pas couramment la rime en poésie.

Parfois le rythme de la phrase, conforme à certaines règles de prosodie, ou même son allure cadencée quoique de forme prosaïque, nous avertit que nous sommes en présence d'un brocard.

Il ne faut pas oublier le dicton pittoresque qui sans souci de forme s'impose à l'attention par l'ingéniosité d'une comparaison imagée ou amusante.

« On lie les bœufs par les cornes
et les hommes par les paroles. »
« Le pied saisit le chef. »

« Wenn der Busch geht dem Reiter an die Sporen,
So hat der Unterthan sein Recht verloren. »

Dans les droits populaires, les brocards apparaissent presque toujours sous une de ces formes qui les rendent familiers à tous et leur confèrent autant d'autorité que de popularité. Les Droits plus savants sont plus prosaïques. Les vieilles formes ne paraissent pas avoir la gravité nécessaire à un public qui veut paraître sérieux et ne craint même pas d'être ennuyeux. Le brocard est alors une phrase comme une autre, qui ne se distingue que parce qu'elle est plus souvent répétée et qu'elle est parfois assez concise : « Pas de nullité sans texte » ; « locus regit actum »... etc.

S'il perd sa netteté de forme, s'il se complique d'incidentes, de propositions indirectes, le brocard n'en est plus un. Interprétée par une plume lourde toute pensée retombe dans la prose juridique où l'esprit ne peut plus la retrouver qu'avec fatigue.

Ainsi la forme des partages, dans les vieux usages coutumiers, s'exprime en ces dictons :

« L'ainé lotit, le puiné choisit. »
« Der Aeltere theilet, der Jüngere kieset. »

et sous forme dogmatique :

« Sciendum est, si duo fratres fuerint, factis a minori portionibus secundum jus, major semper tenetur eligere, cum in hoc nulla malitia valeat inveniri. »

(Summa de legibus Normaniæ, XXIV, 12)

Faisant abstraction de la discordance sur le rôle des deux frères, les deux formes pour avoir à peu près le même sens, ont une puissance d'action et d'extension bien différente.

II. — *Classification des brocards.* — Au point de vue du fonds, la proposition qui constitue un brocard a toujours la prétention d'exprimer une vérité évidente ou à peu près évidente. Mais cette évidence n'est pas de même nature ; si les brocards sont des axiomes, ils le sont à des titres extrêmement divers. Ils peuvent être axiomes de logique, des axiomes

de morale ou de vie sociale, des axiomes de construction juridique, des axiomes d'obéissance à l'usage, à la loi ou au souverain, des axiomes d'expérience, des axiomes de bon sens. Cette classification n'a nullement la prétention d'être complète, mais de montrer combien la conviction juridique s'appuie sur des bases multiples ; car si le brocard n'est pas un axiome d'une façon égale et absolue, il n'est rien dans le Droit qui se rapproche davantage de l'axiome et qui puisse mieux servir à déterminer la notion d'évidence dans la discipline juridique.

1re catégorie. — Certains brocards juridiques se rattachent à la logique générale. Ils sont vrais dans le Droit parce qu'ils seraient aussi bien vrais dans tous les domaines et plus particulièrement dans la dialectique.

Ainsi de Gaïus :

« In toto et pars continetur. »
« Semper specialia generalibus insunt. »

Citons encore cet adage bien connu, traduction d'un principe romain :

« Qui peut le plus, peut le moins. »

et cette règle de la dialectique juridique médiévale :

« Sub universitate veniunt quæ non comprehenduntur sub generalitate. »

Il en est d'autres qui sont des corollaires d'axiomes non exprimés et dont la portée dépasse le domaine juridique proprement dit. De la nature psychologique de la volonté, les jurisconsultes romains ont ainsi déduit ces deux règles :

« Ejus est nolle, qui potest velle. »
« Velle non creditur,
qui imperio patris vel domini obsequitur. »

2me catégorie. — Un grand nombre de préceptes à toute époque sont inspirés par des considérations morales. Quelques uns sont émis directement, d'autres sont extraits de textes plus anciens. Ils sont toujours présentés comme des principes

de moralité, évidents par eux-mêmes. Ainsi, sur la protection des faibles, des femmes, des veuves, des orphelins on pourrait en recueillir un grand nombre.

« Viduæ et pupilli sunt in protectione ecclesiæ »
« Dux qui totum suum debet regere populum,
orphanum fidelius debet regere et servare, »
« Das Recht entschuldigt das Weib in der Unwissenheit. »

Plus pratique mais de nature analogue, ce précepte :

« Utile est araturam non disturbare. »

D'une allure canonique, quoique s'appuyant sur des textes romains:

« Paupertas tribuit excusationem »
« Recedi posse a voluntate parentis. »
« Afflicto non addenda est ulterior afflictio. »

Principe d'équité générale et par suite de morale cette regula de Gaïus :

« Bona fides non patitur.
Ut bis idem exigatur. »

3me catégorie. — Ces brocards s'appuient non plus sur l'évidence dialectique, ni sur l'évidence morale, mais sur l'évidence juridique. Ils reposent sur cette idée que toute notion de Droit, à côté de ses caractères arbitraires et accidentels en présente d'autres qui lui sont naturels et permanents. Ainsi distinguons-nous dans tout concept juridique: l'essence, la nature, et l'accident. Bien entendu, ces distinctions sont purement subjectives et ce qui paraît naturel à l'un ne le paraît pas à l'autre.

Pour Ulpien, il n'y a rien de plus naturel que la correspondance de forme entre la création et l'extinction des obligations.

Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quam colligatum est.

D'ailleurs les institutions du jus civile paraissent en général moins naturelles et fournissent moins de brocards aux jurisconsultes romains que les institutions du jus gentium.

Ainsi Paul :

« Is natura debet, quem jure gentium dare oportet. »

dont on a fait :

« Natura debetur id quod natura æquum est solvi. »

formule assez vague pour se prêter à de nombreuses applications.

C'est l'évidence juridique qu'invoque la Cour de cassation française dans un arrêt du 19 février 1819.

« Attendu que c'est une maxime de tous les temps et de tous les lieux que la mort fixe le sort des créanciers et l'état des biens de la personne décédée et que par suite, il n'est pas au pouvoir des créanciers chirographaires d'une succession de se convertir en créanciers hypothécaires... »

Les brocards de cette nature sont nombreux. Parmi eux, on peut citer les principes qui émis pour des cas particuliers se sont trouvés posséder une force rationnelle assez grande pour dépasser de beaucoup leur champ primitif d'application et devenir des principes généraux.

Ainsi, la loi Rhodia de jactu répartit entre tous les marchands qui ont chargé des marchandises sur un navire la perte de celles qu'on a du jeter à l'eau pour sauver les autres.

Le principe :

« Omnium contributione sarcietur quod pro omnibus expensum est. »

est sorti du Droit maritime pour former un axiome juridique d'application générale. (Leyser III, p. 143)

4me catégorie. — Les brocards d'interprétation des lois et des actes juridiques tirent leur autorité de l'évidence dialectique et de l'évidence juridique. Ils sont très nombreux.

Citons en un du vieux Quintus Mucius Scævola :

« Quæ in testamento, ita sunt scripta ut intelligi non possunt perinde sunt, ac si scripta non essent. »

qui peut sembler au premier abord une vérité de simple bon sens. En réalité, le vieux jurisconsulte écarte avec une bruta-

lité un peu romaine les pieux scrupules de certains juges qui se croyaient tenus de retrouver la pensée du défunt à travers les termes les plus énigmatiques.

Les brocards d'interprétation sont très nombreux dans tout le digeste.

Dans nos vieux Droits, il en est de populaires :

« Ein jeder ist seiner Worte bester Ausleger; »

de savants à tournure scolastique :

« Locutio indiffinitiva regulariter extenditur ad futura. »

« Admittuntur multa per consequentiam, quæ alias non concederentur. »

5e catégorie. — Il est des brocards qui ont un caractère plus positif que rationnel. Vrais dans un pays, ils peuvent être faux dans un autre. Certaines coutumes émettent l'adage « Nul seigneur sans terre » ; à quoi d'autres répondent « Nulle terre sans seigneur. » Certains Droits affirment aussi énergiquement « Vente passe louage », que d'autres « louage passe vente ».

Le principe juridique ainsi formulé n'est pas présenté comme ayant un caractère nécessaire, ni même comme étant rationnellement préférable au principe adverse. Il se donne comme indiscutable en Droit positif, devant un tribunal donné. Il s'appuie sur l'autorité de la coutume, de la loi, et c'est à ce titre qu'il peut être appelé un brocard. En « for mariage, le pire emporte le bon », dit Loysel. Cet adage fort répandu en pays coutumiers et qui donne en cas de mariage entre libre et serf la solution la plus défavorable, ne s'appuie que sur l'autorité de la coutume.

6e catégorie. — Enfin d'autres émanent du bon sens populaire. Ils s'adressent aux individus pour les avertir de ce qu'ils doivent penser du Droit, des procès, de telle institution, de telle situation. Souvent doucement ironiques, parfois franchement satiriques, ce sont des vérités d'expérience qui ont souvent beaucoup de prestige sur l'esprit des particuliers.

« Le mari ne saurait se lever trop matin pour vendre le propre de sa femme » est une critique du régime de la communauté, tel qu'il a fonctionné quelque temps en France.

Dans les chapitres des couvents, dans certaines assemblées politiques et judiciaires s'introduit le principe du vote et de la majorité.

« Das mehr gilt. »

Un dicton qui rappelle le clerc ou le légiste par son allure un peu trop savante, en critique le fonctionnement; dès que l'un a voté dans un sens, tous votent dans le même sens.

« Aves regales unum prævolantem alatis pædibus consequuntur omnes (Lasius). »

Du même genre :

« Communio parit rixas. »
« Bürgen soll man würgen. »
« Fol est qui se mest en enquête. Car qui mieux abreuve mieux preuve. »
« Au prêter ami,
Au rendre ennemi. »

Les adages de ce genre abondent dans le Droit coutumier. Le Droit romain ne nous en a guère transmis; cela se comprend. Toutefois, on peut considérer comme des vérités de bon sens et d'expérience plus que comme des adages juridiques, les propositions suivantes :

« Minus est actionem habere quam rem. »
« Plus cautionis in re est quam in persona. »
« Res tantum valet, quantum vendi potest. »

Nous n'avons pas voulu faire une classification rigoureuse de formules extrêmement variées et de nature imprécise. Un brocard peut d'ailleurs changer de sens suivant les circonstances. Notre tentative de groupement suffit toutefois largement à prouver que si les brocards ont paru vrais et évidents, c'est pour des causes diverses et en s'appuyant sur des autorités diverses. Si le brocard a joué dans le Droit, le même rôle que l'axiome dans les sciences, cette constatation est loin d'être dénuée d'importance pour l'histoire de la pensée juridique.

III. *Importance historique du brocard.* — Ceux qui ont étudié de près les civilisations primitives considèrent que le Droit s'y produit sous la forme de préceptes très courts, confiés à la mémoire et transmis d'individu à individu à travers les géné-

rations. La forme en est pour ainsi dire immuable, car les textes de Droit sont bien souvent des décisions religieuses ayant un caractère sacré. On croirait en altérer le fond en en altérant la forme. Chez quelques peuples un peu plus juridiquement développés, mais ne faisant que peu ou pas usage de l'écriture, quelques personnages se spécialisent dans l'étude des préceptes et passent leur vie à apprendre et à étudier le Droit. De nombreux travaux ont reconstitué ces premières mœurs judiciaires, chez les peuples les plus variés.

Mais on peut se demander si les préceptes juridiques primitifs sont des brocards ou n'en sont pas. Et comme la notion du brocard est assez vague, la question n'est pas sans difficulté. Il semble pourtant que même pour ces époques reculées, on puisse observer un certain dualisme dans la nature des divers préceptes qui constituent le Droit. Les uns sont des ordres ou des défenses conçus en termes impératifs ou prohibitifs visant un acte précis et employant des termes propres et positifs. Ainsi : « Il est défendu de tuer un vautour », de « travailler tel jour de la semaine... etc.... » D'autres au contraire ne donnent pas d'ordre direct, mais constatent sous une forme souvent imagée des vérités de Droit d'un ordre plus général. Ainsi, dit-on, d'après Post, chez les Bogos : « La femme est une hyène, » pour exprimer qu'elle n'a aucune capacité juridique. Par suite, on pourrait faire remonter aux origines mêmes, la distinction entre le Droit positif systématique et le Droit emblématique et axiomatique.

Mais dès que l'on écrit le Droit, les premiers préceptes passent en entier ou presque en entier dans les textes. Les autres n'y passent que très accidentellement et rarement d'une façon méthodique et complète. Leur transmission se fait d'autant plus difficilement que les écrits juridiques se multiplient ; et, au bout de quelques siècles, les proverbes de Droit sont altérés et perdus de telle sorte qu'on ne peut plus les reconstituer.

Ainsi à Rome, alors que les principes impératifs de la loi des XII tables, sont en partie parvenus jusqu'à nous, les pro-

verbes juridiques nombreux qui en étaient contemporains nous sont à peu près inconnus.

Pourtant les jurisconsultes romains de l'époque classique n'ont pas dédaigné de recueillir les vieux brocards, peut-être même de les commenter. Le plus vénérable des maîtres, Q. Mucius Scævola, est surtout connu par son *liber singularis* ὅρων, dont il nous reste quelques fragments. Gaïus, Paul, Ulpien, Pomponius, Modestin... etc... des jurisconsultes s'occupant à la fois d'enseignement et de pratique, et d'autres jurisconsultes s'occupant uniquement de pratique, composaient des recueils de *regulæ*, qui en grande partie peuvent être considérées comme des brocards, adages ou proverbes juridiques. Pour l'enseignement, on faisait en général des recueils en un seul livre (*liber singularis regularum*). Ils faisaient le pendant des *libri institutionum*, représentant le Droit positif et dogmatique. Pour la pratique les recueils d'adages étaient plus volumineux. Ils pouvaient former jusqu'à quinze livres, et les mêmes écrivains qui composaient un *liber singularis regularum* à l'usage de leurs élèves, écrivaient aussi des collections plus complètes à l'usage des praticiens.

De tout cela, il ne reste pas grand'chose dans les Pandectes.

Les compilateurs après avoir épuisé les diverses matières juridiques se sont cru obligés d'ajouter un titre consacré aux brocards, *de diversis regulis juris antiqui*, qui ne sont d'ailleurs que pour une très faible partie puisés dans les recueils de *regulæ* anciens. Ces vieux recueils ont été utilisés un peu au hasard dans tous les livres du Digeste, mais, semble-t-il, avec beaucoup de parcimonie.

Nous ne connaîtrions peut-être pas beaucoup plus des vieux proverbes germains et coutumiers si l'intérêt archéologique ou le goût du pittoresque ne s'était ingénié à les retrouver. Les écrits juridiques purs les auraient laissé tomber dans l'oubli.

La vie juridique des germains au moment des invasions ne pouvait certainement se passer de proverbes. Aussi peut-on être étonné d'en retrouver si peu de traces dans les *Leges*

barbarorum. Certaines de ces lois ne manquent pas de fermeté de style, mais tout y est indicatif et prosaïque. La loi salique est un ensemble de propositions purement réglementaires ; les lois visigothiques et bourguignonnes laissent encore moins deviner le pittoresque et la fantaisie des formules échangées dans les assemblées judiciaires.

Les écrits législatifs ou même didactiques assimilent très peu les adages de la vie courante qu'on abandonne aux praticiens avec la persuasion qu'ils ne les oublieront pas.

Ainsi en est-il dans les Droits coutumiers européens. Les coutumiers des XIIe et XIIIe siècles sont certes des œuvres vivantes, échappant à toute scolastique. à tout plan trop systématique, à toute sécheresse de forme. Pourtant ni Beaumanoir, ni Pierre de Fontaines, ni le coutumier de Normandie, ni les Assises de Jérusalem ne font guère emploi du dicton juridique. On n'en retrouve guère plus dans les statuts des villes, les coutumes les plus anciennes, les textes de Droit d'allure officielle. Il est pourtant bien certain que le millier de proverbes que Loysel recueillera dans son œuvre géniale était déjà en usage et que, si certains sont plus récents, un grand nombre d'autres ont été oubliés. Le *Sachsenspiegel* quoique parfois de forme assez imagée ne fait que rarement allusion aux quelques milliers de proverbes recherchés et retrouvés au XIXe siècle.

Comment se fait-il que les romanistes de la même époque et même d'époques antérieures aient surtout recherché à extraire des textes de Justinien des brocards dont ils paraissent avides. Dans les manuscrits des plus vieilles gloses les notabilia sont à la place d'honneur. Lorsque l'interprête a pu trouver dans un texte un principe très général, il s'efforce de le résumer en quelques mots, de lui donner la forme d'un proverbe qu'il inscrit à la bonne place souvent en l'enjolivant afin qu'il attire mieux les regards. On peut l'affirmer sans crainte à la vue des gloses préaccursiennes, les chercheurs de brocards furent parmi les plus anciens et les plus zélés annotateurs de Justinien et l'on peut même aller jusqu'à dire que si

le Droit fut proclamé la raison écrite, il le doit à la multitude de proverbes juridiques, logiques et philosophiques que l'on pouvait facilement extraire de ses textes. Le titre des Pandectes *de regulis juris* est le premier commenté d'une façon méthodique et suivie, plus particulièrement dans le cours du XIIe siècle. Plus tard, on s'aperçut que l'on peut tout aussi bien dans tous les autres titres découvrir des principes généraux. Pillius nous est donné comme ayant composé le premier recueil de brocards; mais il y en eut à des époques beaucoup plus anciennes peut-être avant l'école de Bologne. En tout cas son exemple fut suivi par la plupart des grands glossateurs. Nous savons d'ailleurs qu'extraire les principes « brocardizare » est un des exercices courant de l'enseignement des romanistes du moyen âge.

Nous pouvons résumer avec certitude, ce tableau de la vie juridique du moyen âge. Les auteurs coutumiers négligeaient le brocard, les romanistes en étaient avides.

L'explication est d'ailleurs simple; chacun cherche ce qui lui manque. Les proverbes juridiques des langues populaires étaient assez connus et assez répandus dans la pratique pour qu'un Beaumanoir, un Jean d'Ibelin, un Eike von Repgau aient cru inutile de les reproduire. Le Droit coutumier manquait d'œuvres dogmatiques et systématiques et c'est à combler cette lacune qu'ils se sont employés. Le Droit romain était fort bien fourni à cet égard; mais si ses interprêtes n'avaient pu lancer dans la pratique autant et plus d'adages que n'en possédaient les Droits populaires, il n'aurait jamais pu acquérir le degré de vulgarisation nécessaire au succès.

Il semble bien résulter de l'histoire que la pensée axiomatique exprimée par le brocard a toujours participé au développement du Droit.

Doit-il disparaître devant des méthodes plus savantes? Cela nous importe peu puisque nous nous occupons d'histoire, c'est à dire du passé. Notons toutefois que le brocard est bien vivant. Un des plus savants conseillers de la Cour de Cassation française y attache une grande importance. Il a

apporté beaucoup de soins à en réunir un certain nombre dont il recommande vivement l'étude aux jeunes magistrats.

IV. — *Rôle et valeur logique du brocard.* — Il en est des proverbes juridiques comme des autres proverbes. Quelques uns sont purement fantaisistes et superficiels, mais d'autres condensent beaucoup de sagesse et beaucoup de réflexion. Le malheur est qu'il est bien difficile de distinguer les uns des autres, car on ne pourrait le faire qu'en recommençant le travail intellectuel ou expérimental accompli et la raison d'être du proverbe est de nous en dispenser. Le brocard n'est pas fait pour être discuté et commenté. C'est l'arme de la discussion rapide et populaire, qui pour agir sur la masse doit être employée sans trop de scrupules.

Les règles juridiques les plus élémentaires ne sont qu'approximatives; c'est à dire qu'elles comportent des exceptions. Or le principe gagne en valeur logique, lorsqu'on en fait sortir les exceptions. Il ne devient à vrai dire vraiment un principe que lorsqu'on peut énumérer toutes les exceptions dont il est susceptible. Ce n'est pas toujours facile; mais il n'est pas permis à un logicien d'y renoncer et c'est pourquoi le Droit savant aura toujours quelque chose d'un peu suspect aux yeux du gros public. Enoncer une règle précise et tranchante; mais ajouter que dans tel cas et puis dans tel cas et encore dans tel autre cas, elle ne doit pas s'appliquer, c'est éveiller une méfiance très compréhensible sinon justifiée. Dans la lutte entre le Droit romain et le Droit populaire au moyen-age l'infériorité était de ce fait aux romanistes. En vertu d'une très vieille tradition antérieure à l'Ecole de Bologne, les romanistes donnent toujours la règle avec ses exceptions, la *regula cum suis fallentiis*. Ainsi pour citer un très vieux fragment publié il y a longtemps par Fitting, la règle *Commodum esse debet, cujus et periculum est*, est immédiatement précisée: *in re tamen propria et in re inventa, non in re aliena ab alio detenta...* etc... De ce fragment (sans doute XI[e] siècle) jusqu'au recueil de Socinus (XVI[e] siécle), le juriste accom-

pagne ses brocards des casus fallentiales, cas exceptionnels qui se dérobent au principe.

Ainsi présentés les regulæ avaient pour le gros public un air de traquenard qui ne devaient guère les rendre populaires. Il a fallu aux juristes beaucoup d'autorité et d'habileté pour triompher de cette difficulté.

D'ailleurs, il était bien rare l'on put déterminer rigoureusement toutes les exceptions que comporte une règle juridique quelconque; et lorsque se présentait une exception nouvelle non prévue, toute la confiance que pouvait inspirer un recueil de fallentia en était fortement ébranlé. N'avait-il pas promis de ramener tous les principes à leur sens le plus précis et n'avait-il pas manqué à sa promesse en laissant échapper une hypothèse imprévue?

On peut poser en principe que le brocard à ce triple inconvénient:

1. — Sa valeur logique est extrêmement variable et cette valeur n'influe en rien sur son prestige juridique.

2. — Il perd en autorité et en efficacité ce qu'il peut gagner en exactitude. Il excite la méfiance ou l'antipathie lorsqu'il est trop encombré de considérations qui le ramènent à sa juste valeur.

3. — Enfin, le brocard n'est jamais un axiome, une vérité qui n'a pas besoin d'être démontrée. Il est impossible d'affirmer qu'il ne comporte jamais d'exception.

Il n'est pas un axiome de logique.

Mais il ne faut pas outrer la critique. Le proverbe juridique s'il n'a pas sa place dans la logique est un élément de la pensée raisonnable. Il fait partie de l'intellectualité rationnelle, celle de la vie pratique qui n'apporte avec elle aucune certitude, mais est le produit d'une pensée très saine. Le brocard peut se discuter mais peut se défendre. Il est la « raison», guide ingénieux mais non infaillible qui ne doit jamais oublier la prudence.

Le brocard n'est pas axiome logique; il est axiome rationnel.

§ 4. — **La Définition.** — C'est une vérité bien banale qu'avant de discuter, il convient de définir l'objet de la discussion. Sans cette précaution élémentaire, on risque de parler beaucoup sans avancer d'un pas et de se prendre aux cheveux alors qu'on est d'accord. Tout le monde le sait; on en tient rarement compte au moins dans la vie pratique.

Dans la vie juridique, de longues périodes se sont passées de définition. Des ouvrages de Droit même développés et subtils supposent que tout le monde sait de quoi on parle et ne donnent aucune explication sur les notions les plus complexes. Dans d'autres périodes, tout au contraire, la définition domine la science juridique. On la retrouve sous la plume du législateur, du juge autant que du jurisconsulte. Son rôle n'est plus seulement d'éclairer les débats; elle devient un facteur actif de la formation du Droit. Elle dicte à la pratique des solutions qui paraissent incontestables; elle dirige la marche du Droit et c'est à ce titre que nous l'étudions ici. La définition est une force intellectuelle et rationnelle dans le développement juridique. Nous voudrions rechercher qu'elle en est la valeur logique.

I. *Diverses espèces de définitions.* — Des génies philosophiques et dialectiques d'esprit très divers ont travaillé à la théorie de la « définition », et cela depuis des siècles. En citer les plus célèbres serait déjà trop long. Mais il faut observer que les tendances les plus diverses de la pensée humaine seraient représentées par eux : la précision et la méthode aussi bien que la profondeur critique et la subtilité. La définition est en honneur dans tous les domaines de la science et de l'intellectualité. On devrait, semble-t-il, après tant d'étude et d'utilisation pratique, pouvoir présenter de la définition une définition à peu près parfaite.

Pourtant personne n'a, croyons-nous, pu encore donner une vrai « définition de la définition ». Il ne semble pas que cette base de toute méthode ait encore été assez méthodiquement exposée. La science de la logique est loin d'avoir achevé sa tache puisque sur sa notion la plus élémentaire, elle ne nous

offre aucun système d'ensemble, mais un très grand nombre d'idées de valeur très variable, dont les rapports sont assez mal établis. Les meilleurs développements sur la définition peuvent avoir un air de simplicité. A qui les observe attentivement, il n'apparaît bientôt plus qu'un grand nombre de notions décousues.

Telle qu'elle est, la théorie de la définition dans la Logique actuelle mériterait d'être étudiée de près par les jurisconsultes qui s'occupent de Droit abstrait et peut-être aussi par les autres. N'est-ce pas s'exposer à vivre dans un monde d'illusions que de se figurer comme simple, facile et de valeur absolue, une opération intellectuelle extrêmement délicate que l'on exécute à chaque instant avec la plus inconsciente grossièreté?

A des époques très diverses, les jurisconsultes se sont mis à l'école des logiciens et des dialecticiens pour leur plus grand profit intellectuel. S'il peut y avoir abus dans l'application de la logique aux questions de Droit concrètes, il ne saurait jamais y avoir abus de connaissance. Si la subtilité de l'analyse n'est pas toujours à sa place dans la vie pratique, elle a son rôle précieux dans le monde de la pensée, qui sans elle ne peut obtenir que des notions fausses et grossières. Elle est d'ailleurs la justification du bon sens positif et prudent, qui hésite devant toute affirmation tranchante, en montrant combien est délicat et complexe, ce qui au premier abord peut apparaître comme fort simple. Quoi qu'il en soit, les problèmes essentiels, concernant la définition, ne sont pas résolus, que je sache. Si ce n'est pas l'affaire du juriconsulte de les résoudre, il doit au moins les connaître pour apprécier la valeur d'un instrument qu'il manie constamment.

A. — Définitions de mots et définitions de choses. — En principe, définir c'est donner le sens des mots, c'est établir un rapport entre un signe et une chose. Ainsi toute définition a pour but de faire connaître les choses désignées par un mot, et se trouve être à la fois définition de mot et définition de chose.

La distinction proposée pourrait être plus avantageusement désignée par définition subjective et définition objective.

Comme il n'existe entre un mot et une chose ou une idée aucun rapport nécessaire, chacun a logiquement le droit de se créer une terminologie d'après sa fantaisie, d'appeler « rouge » ce que les autres appellent « vert », « bien », ce qui est « mal », d'appliquer le mot « mariage » à la définition du testament, etc. Il est bien rare, sans doute, que l'on s'amuse sans motif à bouleverser le sens des mots fixés par l'usage. Mais l'usage ne donnant jamais aux mots un sens rigoureusement précis, chacun use plus ou moins de cette faculté de définir lorsqu'il a besoin de s'exprimer avec un peu de précision. Les mots les plus vulgaires de la langue courante n'ont jamais un sens si déterminé qu'ils ne puissent être compris différemment par diverses personnes. « Livre, table, chaise, porte... » peuvent ne pas vouloir dire exactement la même chose pour tout le monde.

Dans le domaine de l'abstraction, le droit illimité pour chacun de choisir son langage est absolument indispensable au développement de la pensée. Chaque nouvelle conception demande une nouvelle définition. Sur des sujets nouveaux on peut faire des vers antiques, mais de vieilles définitions ne servent de rien aux nouvelles idées. Et même sans esprit d'innovation quelconque, les notions abstraites — surtout dans le domaine des sciences morales — sont assez flottantes que, pour s'en servir, il faille que chacun emploie son effort personnel à les resserrer.

Or la logique nous dit que dès qu'un individu met dans une définition un élément qui lui est personnel, il fait une définition de mot — pour si minime que soit la part de son initiative — en ce qui concerne la particule qu'il a introduite.

Les définitions de mots ou subjectives sont libres et toujours justes, pourvu que la chose ou l'idée qui correspond au terme soit nettement indiqué. Mais elles sont vierges de tout attribut au moment où on les formule et ne peuvent en acquérir que par l'analyse, déduction ou observation subséquente.

Les définitions de choses ou objectives ne s'obtiennent pas à si bon marché. Elles demandent un travail d'observation préliminaire des choses telles qu'elles se sont présentées et des idées telles qu'elles ont été formulées. Si ce premier travail n'est pas effectué avec une exactitude rigoureuse, la définition n'a aucune valeur logique et doit être absolument écartée.

Mais par contre lorsqu'une définition objective est réussie, elle est riche de tout un passé d'expérience et de réflexion qui peut être considérable. Une définition du testament que je ferais à ma fantaisie pourra être facilement inattaquable. Mais à priori et jusqu'à vérification, aucune disposition législative quelconque ne peut être expliquée par elle. Une définition du testament, tel que l'ont conçu tous les peuples européens de telle date à telle date, sera bien plus difficile à établir. Mais une fois établie, elle peut servir à interpréter un nombre indéfini de documents.

De telle sorte que le pont-aux-ânes des sophistes est dans l'habileté à confondre volontairement et continuellement la définition de mot et la définition de chose.

Ils ont ainsi pour rien ce qu'ils devraient payer cher et peuvent attribuer à une conception de leur choix toutes sortes de propriétés auxquelles elle n'a aucun droit.

La confusion est loin d'ailleurs d'être toujours due à la mauvaise foi. Le penseur le plus consciencieux peut facilement se tromper à cet égard. Car la subjectivité ou l'objectivité d'une proposition peut n'être que partielle et fort dissimulée. Bien souvent le jurisconsulte qui définit s'inspire à la fois d'un certain Droit positif qu'il étudie, d'un Droit plus général commun à l'ensemble des peuples civilisés, de définitions élaborées par d'autres jurisconsultes et de ses propres conceptions. Pour peu qu'il n'y ait pas concordance absolue entre ses divers éléments, son œuvre est logiquement incohérente sans qu'il s'en doute et sans qu'on s'en doute, lorsqu'il s'exprime avec élégance et clarté.

La distinction entre « définition de mot et définition de chose » soulève d'ailleurs pour la science juridique bien d'au-

tres questions plus ardues et peu étudiées qu'à notre grand regret nous ne pouvons aborder ici.

B. — Définitions indicatives et définitions descriptives. — Lorsque les logiciens énumèrent les conditions d'une bonne définition, les très sages conseils qu'ils donnent à cet égard ne sont pas toujours également justifiés. Une bonne définition est celle qui remplira bien son rôle. Mais ce rôle est-il toujours le même? Loin de là, il varie suivant les circonstances. Parfois on demande à la définition de distinguer le plus nettement possible un objet concret ou une notion abstraite de tous ceux avec qui on pourrait les confondre. On lui demande une indication sûre et facile. Peu importe alors que cette indication soit intimément liée à la nature du sujet, qu'elle soit accidentelle ou non; si elle est précise, elle remplit son rôle d'identification. Il suffit de savoir, pour identifier un homme, qu'il est la seule personne qui ait passé par telle rue à telle heure, ou qui porte tel costume dans telle ville; ces circonstances accidentelles peuvent être les plus précieuses pour le distinguer de tout autre.

Si à cette question : « Qu'est-ce que la vente? » on répond : « C'est l'institution qui est étudiée par le code civil français au titre six de son livre trois, » on en a donné une définition identificatrice excellente. C'est une proposition affirmative dont l'attribut convient universellement au sujet et au seul sujet.

Cette indication, toutefois, est complètement extérieure à la notion elle-même. Elle ne renseigne sur aucun de ses caractères ni essentiels, ni même accidentels. Elle indique le genre prochain « Code civil français liv. III » et la différence spécifique « titre six ». Toutes les conditions qui ont trait à la précision et que demandent les logiciens, elle les réalise. Mais par elle-même, elle n'apprend absolument rien sur l'objet défini. Beaucoup hésiteront peut-être à y voir une véritable définition.

A l'inverse, la définition descriptive, — d'autres disent « essentielle » — doit nous faire connaître l'essence de l'objet.

Mais qu'est-ce que l'« essence » d'une chose ; qu'est-ce que l'« essence » d'une conception juridique ? Problème redoutable que nous n'aborderons pas et qu'il serait pourtant nécessaire d'avoir nettement résolu, si nous voulons porter sur la nature des définitions juridiques un jugement logiquement fondé. En réalité, nous substituerons au mot « essence » une expression moins sévère, mais par suite plus vague. La définition descriptive donne « les caractères les plus saillants » d'une institution. Mieux on saura grouper ces caractères sous une forme claire, mieux on aura réussi. Celle qui par elle-même fait connaître le mieux l'objet défini, est la définition descriptive préférable, alors même qu'elle ne serait pas assez précise pour éviter toute confusion avec des institutions d'importance secondaire. Ainsi une définition du testament qui laisserait subsister une confusion avec l'institution contractuelle pourrait être bonne au point de vue descriptif, car l'acte du testament est en général beaucoup plus pratiqué que le contrat à cause de mort.

C. — Définitions empiriques et définitions génétiques. — On peut condenser dans une définition tous les résultats de l'expérience par rapport à un objet donné. A mesure que les observations augmentent, la définition devient meilleure, et si la connaissance de l'objet est complète, la définition devient parfaite ou absolue. Le résultat de la définition empirique est de résumer la connaissance, mais elle ne peut pas l'engendrer. Toutefois son caractère objectif et scientifique est incontestable.

La science géométrique jouit d'un rare privilège. Elle peut dès l'origine établir déjà ses figures d'une façon définitive, de telle sorte que l'étude la plus complète n'en modifie en rien les définitions. Le travail ne fait que dégager des propriétés en nombre infini qui résultent nécessairement de la formule première, mais qu'il était complètement impossible d'apercevoir au moment où la formule a été posée. Ainsi la seule définition du triangle rectangle implique nécessairement la loi du carré de l'hypothénuse, qu'il est toutefois impossible d'aperce-

voir sans une série de déductions postérieures. Ces définitions sont appelées à bon droit génétiques, car elles contiennent les germes de toute une série de vérités qui pourront se développer de ces définitions mêmes. Elles sont du domaine de la pensée la plus hautement scientifique.

La science juridique n'a connu jusqu'ici rien de pareil. Il ne faut pas méconnaître toutefois qu'il a été fait et qu'il est fait encore de grands efforts pour adaptér au Droit des méthodes purement scientifiques. Pour apprécier la valeur de ces efforts, la distinction des diverses espèces de définitions est capitale. Nous aurons plus tard l'occasion d'insister sur ce point. Mais, historiquement, dans la confection de nos Droits modernes, quelle fut la nature des procédés logiques employés? C'est ce que nous allons étudier.

II. *Histoire de la définition dans le Droit.* — La pensée juridique eut avec la définition des relations très diverses. Elle l'ignora pendant bien longtemps et de longues civilisations se sont développées sans jamais préciser le sens des termes de la loi. De très gros ouvrages de Droit, des œuvres qui semblent solidement assises et logiquement coordonnées n'ont eu aucun souci de définir les mots les plus complexes et les plus équivoques qui fourmillent dans leur texte.

A d'autres moments de la pensée juridique, la définition est tout. C'est elle qui fournit à la pratique les arguments irréfutables. Quand elle a parlé, il n'y a plus qu'à se taire. Toute autre considération pratique ou équitable n'a qu'un intérêt secondaire. C'est dans la définition que l'on trouve la raison décisive du jugement.

L'opposition de la méthode pratique à la méthode théorique ne fut, peut-être, jamais plus nette. La faculté de définir est caractéristique de la culture de l'esprit, sinon de la force de l'esprit.

A. — Les cerveaux primitifs n'ont aucun besoin d'exprimer nettement ce qu'ils pensent, encore moins tout ce qu'ils pensent. Pour eux, le mot n'est pas encore le signe de l'idée. Ils ne tiennent pas à dévoiler le travail intellectuel qui se fait en

eux et dont ils veulent tirer un profit exclusif. Ils ne saisissent d'ailleurs pas très nettement le rapport entre leur activité intellectuelle et le langage.

D'autre part, le « mot » n'est pas pour eux une chose relative et conventionnelle que chacun puisse délimiter à sa fantaisie. Le « mot » a sa puissance individuelle, sa valeur absolue ; son autorité est surnaturelle. Le nom des individus, des villes n'est pas choisi au hasard ; on s'adresse souvent au sorcier, à la devineresse. Une divinité ou plus simplement un esprit bienfaisant est censé avoir révélé au moment de sa fondation le nom qui seul peut assurer à une cité sa prospérité à travers les siècles. Le langage courant, surtout le langage judiciaire, participe de cette origine religieuse ; il n'est permis à personne de le manier à sa fantaisie.

Quel accusé oserait, dans une assemblée populaire primitive, discuter le sens d'un mot ? Cet acte paraîtrait aussi stupide que sacrilège. Définir, tracer des limites au pouvoir d'un terme juridique ne peut appartenir à aucune puissance humaine.

Ce que peuvent faire certains privilégiés sous l'inspiration d'êtres surnaturels, c'est de rattacher un certain fait ou une certaine conception à un mot donné, mais sans prétendre en rien en délimiter l'étendue. C'est un procédé logique inverse de la définition, tout autant que l'induction est l'inverse de la déduction. De telle sorte que la plupart des termes juridiques anciens n'avaient pas de sens logique, car logiquement un mot ne prend un sens que par convention, c'est-à-dire par définition ; les premières civilisations ne faisant jamais de définition, leur vocabulaire échappait à toute détermination précise. Beaucoup d'historiens ont commis la grave erreur de vouloir trouver dans les terminologies anciennes des précisions qui n'y sont pas. Définir les expressions juridiques des coutumes primitives et même de coutumes relativement modernes, c'est se méprendre complètement sur la psychologie d'autrefois. Bien entendu, nous n'entendons critiquer par là que ceux — nombreux d'ailleurs — qui demandent au passé ce que le passé ne saurait leur donner : un vocabulaire rigoureusement fixé.

Des mots juridiques anciens peuvent correspondre à des notions diverses qu'il est impossible de fondre et faire accorder ensemble. Mais s'ils n'ont pas de sens précis, ils ont des effets très précis. On ne sait pas très bien ce qu'ils veulent dire et d'où émane leur autorité, mais on sait très bien à quoi ils vont aboutir. Tous les actes qui tendent aux mêmes effets, bien que leur nature soit très diverse, ont une tendance à se concentrer sur un seul vocable.

Ainsi dans la *loi de Vestrogothie* (Ed. Beauchet, p. 168) : « Si quelqu'un tue une personne dans une église, c'est un *nithingsværk*, un crime qui ne peut être expié par une amende. — Si quelqu'un tue une personne au Thing, c'est un *nithingsværk*. — Si quelqu'un se venge après que la paix a été promise..... c'est un *nithingsværk*. — Si quelqu'un coupe les deux mains d'une personne, si quelqu'un tue une personne endormie, c'est un *nithingsværk*. — C'est un *nithingsværk* de porter le bouclier en deçà des bois. — Si quelqu'un lie une personne dans les bois à un arbre, c'est un *nithingsværk*..... etc....,. »

On voit ainsi se ranger sous une expression commune un grand nombre d'actes de nature très diverse, de telle sorte que le mot lui-même ne peut être précisé que par les effets qu'il produit, c'est-à-dire qu'il échappe à toute définition.

On a souvent reproché — et à bon droit — au Code pénal français d'avoir défini les crimes, les délits et les contraventions par les peines qui y sont attachées. Faute de logique évidente, survivance de très vieilles habitudes mentales.

B. — Les premières définitions juridiques ne sont pas nées du souci de délimiter avec précision les conceptions abstraites, afin de mieux les comprendre. Le désir d'établir une concordance suffisamment exacte entre le signe et la chose signifiée ne viendra au juriste que sous l'influence des philosophes. Les premières définitions juridiques sont dictées par des considérations pratiques que l'on peut grouper en deux classes.

En premier lieu, l'obligation de traduire les termes du Droit. Tous les peuples antiques, aussi bien que modernes dont

le rôle a été important pour la civilisation, ont changé leur langage juridique dans le cours de leur histoire. Ils en ont changé d'abord, d'une façon naturelle et nécessaire, par la simple évolution de la langue qui s'altère et se modifie incessamment, de telle sorte qu'à quelques siècles de distance la terminologie est souvent complètement transformée. Souvent, le vocabulaire juridique reste plus longtemps stationnaire, par suite des traditions d'école. Dans ce cas, il devient incompréhensible pour le vulgaire, et il faut par des travaux spéciaux le mettre à la portée de ceux qui veulent s'instruire.

Beaucoup de peuples aussi, parmi ceux qui ont eu les plus brillantes destinées et dont l'histoire juridique offre le plus de richesse, ont changé une ou plusieurs fois complètement de langage, adoptant pour une raison ou pour une autre le parler d'un vaincu, d'un vainqueur ou d'un simple voisin. Auquel cas, il a fallu expliquer dans le nouveau langage les mots usités dans les anciennes jurisprudences. Quelquefois une langue ancienne a été conservée en tout ou en partie à l'usage des lettrés, dont font partie les juristes. Il n'en a pas moins été nécessaire d'établir les rapports entre la langue savante et la langue vulgaire. On pourrait facilement prendre de nombreux exemples un peu partout. La longue civilisation assyrienne-babylonienne, la civilisation hindoue — ces ancêtres des législations sémitiques et indo-européennes — pourraient venir au premier rang. L'histoire moderne de l'Occident européen nous montrerait le latin et les idiomes germains agissant et réagissant continuellement l'un sur l'autre dans la terminologie juridique de l'époque franque et du moyen-âge. Enfin, on pourrait citer comme cas particulièrement intéressant l'Angleterre, qui dans un laps de temps relativement court a changé quatre fois de fond en comble sa langue juridique, et mélangé des expressions empruntées aux quatre périodes, saxonne, latine, française et anglaise.

Chaque fois que le Droit a son idiome spécial, il faut l'expliquer ; l'expliquer, c'est le traduire ; le traduire, c'est le définir. Pour affirmer que deux expressions s'équivalent, il faut en

comparer le sens, par suite le dégager. Il y aura définition tacite lorsque le traducteur se bornera à mettre le mot vulgaire à côté du mot technique; il y aura définition expresse lorsque, sentant la nécessité d'une explication plus complète, il s'efforcera, au moyen de périphrases, de mieux faire connaître le contenu du mot étranger ou archaïque. Ces définitions vaudront ce qu'elles vaudront; elles rapprocheront toujours la pensée juridique d'une méthode mieux systématisée.

Lorsque la traduction s'adresse à un public restreint, elle peut se faire exégétiquement, chaque fois que dans un texte se présente un mot difficile ; si elle vise un public nombreux, il deviendra nécessaire de composer des recueils spéciaux uniquement consacrés à l'explication des termes juridiques. De là, de nombreux ouvrages qui sous le nom de lexicon, exposicio terminorum, vocabulorium, termes de la ley ou d'autres titres équivalents, rangent par ordre de matière, et plus souvent par ordre alphabétique, la terminologie du Droit. Des dictionnaires de Droit ne sont d'ailleurs des recueils de définitions que dans une mesure très inégale. Certains sont plutôt des recueils de principes juridiques, tels le grand dictionnaire d'Albéricus de Rosciate. Mais un grand nombre d'autres dans tous les pays se consacrent presque exclusivement à fixer le sens des mots et rentrent dans la catégorie qui nous intéresse ici.

Dans un second groupe, on peut classer les définitions de controverse provoquées par les procès eux-mêmes. Dès que les mots ont eu perdu le prestige mystérieux qui interdisait d'en discuter le sens, les plaideurs se sont jetés avec enthousiasme sur ce nouveau procédé de discussion ouvert aux plus mauvaises causes et toujours fort embarrassant pour le juge. Cicéron, le grand théoricien de la définition, a beaucoup fait pour la répandre et en faire connaître les exigences aux jurisconsultes. Sa définition de la *gens* est à juste titre célèbre. Mais s'il connaît les exigences de la logique, il connaît aussi son métier d'avocat.

« Communia dantur in isto genere accusatori, defensorique

praecepta. Uter enim definiendo, describendoque verbo magis ad sensum judicis, opinionemque penetrarit et uter ad communem verbi vim et ad eam praeceptionem (perceptionem) quam inchoatam habebant in animis, ii qui audient, magis et proprius accesserit, is vincat necesse est. » (*Oratoriae partitiones* § 52.)

Il insiste à plusieurs reprises sur le fait que de grands procès se réduisent à des questions de définition. Voici un exemple qui revient plusieurs fois dans ses œuvres. Une loi veut favoriser le matelot qui reste à son poste pendant la tempête en lui donnant la part de ceux qui ont quitté le navire pour sauver leur vie. « Qui in adversa tempestate navim relinquerint, omnia amittunto : eorum navis et onera sunto. qui in navi remanserit. » Il se trouve que de plusieurs matelots, les uns sont descendus dans une nacelle, mais de là au moyen de cordages ont essayé de diriger le navire vers le port, tandis que d'autres sont restés sur le navire lui-même, mais parce qu'ils étaient trop effrayés ou trop malades pour pouvoir se sauver. Ils sont restés sans bouger, sans contribuer en rien au sauvetage. Faudra-t-il en vertu de la loi précitée donner tout à ces derniers au détriment des autres ? C'est une question de définition, dit Cicéron. Il convient de définir, pour aboutir à une solution, les expressions « navem reliquere », « in navi remanere » et le mot « navis » lui-même. (*De Inventione* II § 31 *Ad Herennium* I § 23.) Beaumanoir, qui n'est guère amateur de définitions, en sent pourtant la nécessité dans certains cas, par le fait que les parties chicanent sur le sens des mots. « Mout de ples sont meu par pluseurs fois de choses qui eschieent en parties, que l'une des parties en vouloit porter les choses comme muebles et l'autre partie disoit que c'estoit eritages. Et pour oster les doutes qui de ce pueent estre, nous traiterons en cest chapitre queus choses sont muebles et queus choses sont éritages. » (*Coutumes de Clermont en Beauvaisis*, nº 670.)

Le recueil de Décrétales de Grégoire IX, à l'imitation du Digeste de Justinien, a son avant-dernier titre consacré à la

signification des mots, *de verborum significatione*. Le *Sexte* et les Clémentines ont d'ailleurs suivi cet exemple. Il ne s'agit pas dans ce titre de définitions doctrinales et abstraites, mais de réponses que font divers papes à des questions qui leur sont adressées par des évêques sur la signification d'un certain nombre de mots. Ici aussi, c'est du conflit des intérêts privés qu'est née l'obligation de définir.

Cette recherche du sens des mots provoquée par les chicanes des parties pourra être plus ou moins objective ou subjective suivant les cas, car il s'agit souvent d'interpréter l'intention des parties et d'établir, non pas le sens général et absolu d'une expression, mais ce qu'elle représente en telle circonstance, dans telle bouche ou sous telle plume. Le juriste doit comprendre le sens des contrats entre simples particuliers, le langage du notaire et de l'homme d'affaires, celui du juge et du législateur. Il se demande ce qu'a « voulu dire » tel personnage de telle condition. Il fait pour chaque terme une série de définitions relatives qui peut-être ne concorderont aucunes avec la définition objective et absolue qu'il devrait représenter dans un système législatif rationnel.

Puisque en fait personne n'emploie un langage rigoureux, que soit par ignorance, soit par négligence, la terminologie juridique est toujours plus ou moins relâchée, l'équité exige qu'on interprète avec beaucoup de largeur. « Plerumque dum proprietas verborum adtenditur, sensus veritas amittitur », dit avec raison le pape Grégoire. Mais, au point de vue de la pure logique, ce sans-gêne dans l'expression crée des habitudes intellectuelles vicieuses. L'emploi continuel de ces définitions « ad utilitatem causæ accommodatæ, » selon l'expression de Cicéron, peut faire perdre au praticien la faculté d'analyser avec scrupule et précision dans le cas où il lui serait utile de tenter cet effort.

Il n'est donc pas étonnant que les vieux praticiens, même dans leurs écrits, aient donné à leurs définitions des formes particulièrement défectueuses. La définition en « c'est quand... » est un phénomène psychologique universel ; c'est un stade

nécessaire de l'esprit allant du concret vers l'abstrait. On sait que dans tous les examens, les élèves de tous les pays lorsque leur culture est insuffisante ne la manquent pas. Les vieux jurisconsultes non plus, surtout lorsqu'ils ont fréquenté les plaids plus que l'école. Le bon Beaumanoir ne s'en prive pas : « Nouvele dessaisine si est se aucuns... » (n° 955) ; « Nouveaus tourbles si est se j'ai esté... » (n° 957.) Chez les jurisconsultes anglais' esprits positifs et pratiques, les définitions en « it is when... » abondent. On en trouverait d'ailleurs dans tous les pays. Pour un peu enfantine que paraisse la formule, elle n'est d'ailleurs pas sans valeur et correspond à un état de puissance logique qu'il ne serait pas sans intérêt de mieux étudier.

La définition étymologique est employée par des esprits plus cultivés. Elle fut particulièrement chère aux théologiens du Moyen-Age. Les canonistes lui étaient aussi très favorables et puisaient largement dans le *liber Etymologiarum* d'Isidorus. Le titre des Décrétales que nous avons cité en use ainsi et comme tant d'autres part de l'étymologie pour préciser le sens Par exemple : « Testes antiquitus superstites dicebantur, eo quod super causae statu proferebantur, nunc parte ablata nominis, testes vocantur. » Les romanistes faisaient aussi de l'étymologie mais d'une façon plus accessoire, et Bartole conseille de s'en défier : « Diffinitio magis attenditur quam etymologia seu allusio. » La définition étymologique suppose un certain degré d'instruction ; mais au point de vue logique, elle est encore plus défectueuse que la définition en « c'est quand... » D'abord parce que les étymologies du Moyen-Age étaient presque toujours fausses, et surtout parce que, entre l'origine et le sens d'un mot, il n'y a aucun rapport nécessaire.

C. — Au XII[e] et au XIII[e] siècle, alors que les jurisconsultes praticiens, coutumiers ou féodaux négligeaient presque toujours d'expliquer les termes de Droit ou le faisaient fort maladroitement, alors que les canonistes se défiaient des définitions trop précises, les jurisconsultes des Ecoles pratiquaient une toute autre méthode. D'une façon tout à fait régulière et pour chaque institution, la définition était la base que l'on posait

avant tout. D'elle devait découler tous les développements du chapitre, comme les conséquences d'un principe. Chaque élément de la formule était repris à part, étudié plus ou moins minutieusement; toute question, même de détail, devait se rattacher directement ou indirectement à l'un deux. Cette méthode a eu des siècles de succès et les travaux qu'elle a dirigés sont innombrables.

Les juristes l'avaient emprunté à la philosophie scolastique. Les règles de la définition, ils les avaient trouvées dans les textes romains eux-mêmes. Les jurisconsultes romains avaient beaucoup appris à cet égard de Cicéron et de Quintilien. D'un côté comme de l'autre, le Droit doit à la philosophie ce premier élément de sa logique.

Lorsque la définition eut conquis le domaine du Droit, quand elle se fut imposée, au législateur comme au jurisconsulte, elle se comporta comme un monarque absolu, mais débonnaire, qui peut lorsqu'il veut avoir le dernier mot, mais dont l'autorité est à la fois relâchée et capricieuse. Elle a l'air de tout diriger; en réalité, c'est elle qui se laisse diriger par les circonstances. On est censé lui obéir, mais pourvu qu'on y mette les formes, on peut prendre avec elle bien des libertés.

Elle a d'ailleurs ainsi rendu de grands services. Trop sévère sa domination pour être plus insupportable n'aurait pas été plus justifiée.

III. *Valeur logique de la définition juridique.* — Il convient avant tout de préciser que nous étudions ici la méthode juridique, telle qu'elle se présente dans le passé et dans le présent. Nous observons la nature des forces intellectuelles qui ont travaillé et travaillent sous nos yeux à l'élaboration du Droit.

Quelle pourrait être, quelle devrait être la technique juridique ? peut-on en espérer la transformation? quelle serait la portée de ces transformations? Questions actuelles, du plus grand intérêt, mais étrangères à notre travail qui porte sur les principes philosophiques de l'histoire du Droit et non sur la Philosophie du Droit.

C'est également à la philosophie du Droit qu'il faut renvoyer un autre problème : Quelle est la technique la mieux appropriée pour parvenir à la connaissance la plus objective et la plus scientique des notions du Droit ?

Nous aurons à consacrer un chapitre à ces théories du *Droit pur*, non pour les discuter en elles-mêmes, mais afin de savoir si elles ont pu introduire de nouvelles forces logiques dans l'évolution du Droit, ou s'il est vraisemblable qu'elles pourront le faire.

Pour le moment, nous les écartons complètement. Il est utile d'insister ici, car les méthodes dites scientifiques, doivent avoir des définitions scientifiques — empiriques ou génétiques — irréprochables, si elles veulent justifier leurs prétentions. N'ayant pas à les juger, nous les mettons hors de cause.

Dans la formation de nos Droits modernes comme dans la technique de nos Droits positifs actuels, la définition est un procédé d'une efficacité considérable, d'une grande valeur rationnelle, mais sans valeur logique rigoureuse. Elles ne répond pas aux exigences les plus simples de la pensée scientifique et bien entendu encore moins à ses exigences les plus élevées. Il y a mille raisons pour lui refuser le titre de « logique ». Nous n'en citerons que quelques-unes.

La langue juridique est faite le plus souvent de mots d'usage courant, auxquels on donne un sens technique. « Dot privilège, société, communauté, adoption, condition, aveu, immeuble, exécution... etc. », ont un sens large et vulgaire, un sens étroit et technique. Le jurisconsulte et le législateur qui ont besoin du langage courant tout aussi bien que du langage technique, emploient bien souvent les mêmes mots dans des sens très différents.

Le législateur a ses défaillances, il oublie ses propres définitions, et cela d'autant plus facilement qu'une législation n'est qu'une unité fictive à laquelle une infinité d'individus ont travaillé.

Des contradictions de terminologie dans une même œuvre, ou dans une même législation, n'ont pas une gravité irrémé-

diable. On peut d'ailleurs les éviter en y consacrant une attention suffisante. La coquetterie du jurisconsulte consciencieux est de donner à son vocabulaire une apparence de précision qui dénote la vraie élégance de la pensée. Cet idéal d'un écrivain qui donne toujours le même sens bien déterminé à chacun de ses mots est rarement réalisé; il est en tous cas réalisable.

Ce qui est bien plus grave, les définitions juridiques sont toujours équivoques et à plusieurs points de vue à la fois.

Sont-elles des définitions de mots ou des définitions de choses? Nous avons vu qu'elles sont un peu l'un, un peu l'autre. On ne sait jamais exactement si le rédacteur de la loi ou son interprête ont voulu décrire une notion telle qu'elle existe en dehors de leurs conceptions ou d'après leurs conceptions.

Sont-elles indicatives ou descriptives? Pour ce qui concerne la doctrine, chaque auteur a évidemment le Droit d'employer les unes et les autres, pourvu qu'il se conforme aux règles de la logique et fasse connaître nettement le point de vue auquel il se place. Le rédacteur de texte législatif ne devrait pas jouir de la même liberté; ses prescriptions ayant un caractère impératif, il est tenu de donner à ceux auxquels il commande des explications nettes et complètes. Ces définitions devraient être toujours logiquement descriptives et essentielles; elles devraient toujours contenir l'essence de chaque institution. En réalité, il est loin d'en être ainsi et la lecture attentive d'un code quelconque le prouverait abondamment. N'insistons d'ailleurs pas sur ce vice qui n'est qu'accidentel et pourrait à la rigueur être corrigé.

Mais voici qui est beaucoup plus grave: si on incorpore dans une formule l'essence d'une institution, on délimite par cela même sa sphère d'application pratique, c'est-à-dire que l'on tranche implicitement un nombre infini de cas concrets dont on a pas la moindre idée au moment où l'on écrit la formule. L'avenir pourra faire payer cher au législateur son imprudence. Il pourra se voir enfermer dans le dilemme: incohérence théorique, ou résultat pratique désastreux.

L'article 2071 du code civil français définit le nantissement « un contrat par lequel un débiteur *remet une chose* à son créancier pour sûreté de la dette ». Il est donc de l'essence de ce contrat que le débiteur « remette la chose au créancier ». A ce moment, la définition était juste ; pas de nantissement sans remise d'une chose entre les mains du créancier. Mais à cette époque, un fonds de commerce n'était pas un instrument de crédit. Lorsqu'on a compris l'utilité qu'il y avait à en faire un instrument de crédit, pour permettre au propriétaire d'une maison bien achalandée de se procurer de l'argent, on ne pouvait avoir recours qu'au nantissement. Si l'on avait voulu s'en tenir à la formule du code, le commerçant donnant en nantissement son fonds, aurait dû mettre son bailleur de fonds à la tête de sa maison, et lui en laisser la direction jusqu'au paiement de la dette, ce qui eût été absurde. La jurisprudence et la loi ensuite ont créé un nantissement sans remise d'aucune chose, de telle sorte que la formule du code civil est vide de sens et que l'on ne voit plus guère la possibilité de donner du nantissement une définition quelconque.

Bien entendu, la jurisprudence eut raison. L'intérêt pratique était trop considérable pour qu'elle put hésiter. Mais si l'intérêt pratique eût été très peu considérable, elle eût hésité à défigurer un texte, et des intérêts très légitimes auraient pu être sacrifiés. Or il n'y a aucune raison pour qu'une simple question de technique emporte une solution. La technique est un élément fort intéressant de la science juridique, elle n'est pas le Droit.

On a violemment protesté contre la tyrannie des définitions juridiques et non sans raison. On les a accusées d'être un obstacle à l'évolution normale du Droit; ce qui théoriquement peut être assez bien établi. Enfin, un jeune jurisconsulte, qui avait consulté avec fruit le profond ouvrage de Goblot, a donné d'excellents arguments pour interdire au Droit les formules descriptives ; les formules indicatives seules n'ayant pas de contenu précis et susceptible de se modifier à chaque instant devraient être tolérées.

C'est aller beaucoup trop loin. Des définitions purement in-

dicatrices ne serviraient à rien à la discipline juridique. Ce serait un grand recul de la pensée. Gardons ce que nous avons de meilleur, et n'y prenons pas de répugnance. Il ne faut pas jeter aux ordures tout ce qui n'est pas bon pour l'autel des dieux. Les premiers éléments de la pensée juridique n'ont pas la rigueur nécessaire pour être admis dans la logique pure. Ils n'ont qu'une valeur rationelle. Mais qu'est ce que le rationnel ? Un mot encore peu précis auquel nous espérons pouvoir donner un sens dans le prochain chapitre.

LITTÉRATURE SUR L'ANALYSE, LE BROCARD, LA DÉFINITION

JHERING. *L'Esprit du Droit romain*. Trad. de Meuleneare. T. IV, p. 127.

« La somme de travail est-elle moindre lorsque les questions de Droit sont traitées ensemble que lorsqu'elles sont traitées isolément ? Je crois la dépense de travail plus considérable, car les questions s'accumulant, les difficultés augmentent... »

Id. « ... Que voyons-nous aujourd'hui ? Sous prétexte d'économiser les frais, les procès, semblables à de lourdes charrettes de transport, se chargent de tout un bagage d'actions et d'exceptions ; ils avancent péniblement ; chaque pas peut amener le désordre et la confusion ; ils arrivent enfin au terme, — mais souvent l'idée claire de l'affaire s'est déjà effacée de l'esprit des juges, des avocats, des parties : tous ont eu le temps de perdre patience... parfois même la vie. »

Id. p. 131. « Pour quiconque sait apprécier la haute influence qu'exercent sur le développement du fond du droit des formes étroites et rigoureuses, il sera inutile d'expliquer ou de justifier le jugement dans lequel je résume la valeur historique de la procédure ancienne de Rome pour l'ensemble du développement du Droit romain : *Ce que le corps est pour l'esprit, la structure analytique de la procédure le fut pour l'analyse des idées ; — sans la procédure antique, le Droit romain actuel n'aurait probablement jamais existé.* »

Grimm. *Deutsche Rechtsalterthümer*. 4. Ausgabe.

T. I, p. 45. « Jene vorwaltende Neigung zu bestimmten Ausdrücken, Alliterationen und Tautologien leitet von selbst auf ein strenges Formelwesen. Es äussert sich in dem Bestehen feierlicher, wiederkehrender und sinnlich gewandter Redensarten. [Es sind die verba *solemnia concepta, gelehrte* Worte]. Eine Menge von Sprüche entspringt daraus. Die sinnliche Entkleidung entfaltet sich aber oder tritt zurück nachdem in den Gesetzen oder Weissthümern, die uns die Formel aufbewahren, mehr oder weniger Wärme der Abfassung zu beobachten ist.

Unsere ältesten lateinischen Gesetze, einige Formeln des ripuarischen und salischen abgerechnet, haben in dieser Hinsicht geringen Wert. Den geringsten das burgundische und westgotische. Auch die Fassung der angelsächsischen ist dürrer und kürzer als man erwarten sollte. Aber die nordischen und friesischen Gesetze und die jüngeren Weissthümer zeichnen sich vor allen aus. »

Falguerettes. *La logique judiciaire et l'art de juger*. 1912, p. 193.

« Les *axiomes*, les *aphorismes*, sont des sentences, des formules générales, propres par leur concision à se graver dans l'esprit. Ils résument un certain nombre d'idées particulières ; ce sont de petites synthèses, résultant de l'expérience et de la tradition.

» En matière juridique, on les nomme adages ou mieux encore brocards. Ces brocards jouent à l'égard du droit le rôle de la boussole à l'égard du pôle. Ils ne font que l'indiquer ; mais on sait combien il est précieux d'avoir sa direction bien orientée. »

[En réunissant les brocards] « nous composerons le véritable bréviaire des magistrats et des hommes de loi.

» Tout prêtre du clergé catholique est obligé, sous peine de faute grave, de dire l'office du bréviaire divisé en sept heures. Il faudrait que le jeune magistrat récitât tous les jours les règles que nous allons transcrire. C'est la première fois qu'elles sont réunies dans une classification rationnelle et qu'elles sont éclairées à l'aide de notre droit moderne. »

(5e paragr. page 193; 1er paragr. page 194 ; 2e et 3e paragr. n° 1, p. 193.)

Post. *Ethnologische Jurisprudenz*, t. I, p. 11.

« Fast alle Völker der Erde, auch die allerunkultivirtesten, befinden sich im Besitze eines Gewohnheitsrechtes, eines überkommenen Schatzes von Rechtssätzen..... Die Aufbewahrung dieser gewohnheitsrechtlichen Rechtssätze geschieht, so lange ein Volk schriftlos ist, durch das Gedächtnis und zwar häufig in der Gestalt von Rechtssprüchwörtern, denen man überall auf der Erde begegnet.

» No 2. Dahin gehört zum Beispiel das Rechtssprüchwort der Bogas : Ogheina woga, gen. « das Weib ist eine Hyäne » womit die vollständige Rechtsunfähigkeit des Weibes bezeichnet wird. Afrik. Jur. I. S. 295, oder das Rechtssprüchwort der Menangkabauschen Malaien : djoko baame hiduig, djoko tak baame mati, « wenn man Gold hat bleibt man am Leben, wenn man kein Gold hat, muss man sterben, » um die Folge der nicht gezahlten Komposition zu bezeichnen. »

Andr. Alciat. *De verborum significatione*, l. I. § 9.

« Diffinitio autem in jure omnis periculosa est : rarum est enim ut non subverti possit. Quapropter quum diffinitio sit propria, et bræviter comprænsa rerum substantiæ enarratio, quæ genere, specie, propriis et differentibus (ut inquit Quint.) constat, non ferme multas hujusmodi in jure reperies. Sed hasce subtilitates jurisconsulti Dialecticis reliquerunt, ipsique satis habuerunt, si substantiam rei ex communi regula describerent, ut in dote et in judicio fecerunt quod a nobis in Paradoxorum libro tractatum est. Quandoque satis duxerunt, si genus et differentias solum apponerent, quod in doli mali diffinitione cernere est. Quandoque ex modo, per quem introducta est, eam descripserunt, ut in servitute et in stipulatione apparet. Quandoque ab ipso effectu, ut cum appellationem diffinierunt esse primæ sententiæ, quæ in pendenti fit, rescisionem. Quandoque et tales diffinitiones retulerunt, quæ non nisi im proprie acceptis verbis defendi possint. uod Decius annotavit, et ipse in recentiorum diffinitionibus verum esse fateor non in his quas veteres tradiderunt. »

Ibid. « Illud autem in diffinitione potissimum requiritur, ut diffinitio convertatur cum suo definito. Hoc a jurisconsulto Ulpiano probari scribit Bartolus. citarique quotidie hoc responsum adnotat ad hoc Baldus Perusinus. Induco illum textum. Servius definiebat dolum, machinationen decipiendi causa factam, cum aliud agitur, et aliud simulatur. Labeo hanc diffinitionem dialectico instrumento impugnat, dicens posse id agi, ut quis sine machinatione circumveniatur. Ergo Servii diffinitio non convertitur cum suo definito. Verius ergo igitur Labeonem diffinivisse, Ulpianus putat : ut pote cum Labeonis diffinitio cum diffinito convertatur ut dolus sit omnis calliditas, machinatio... etc... »

Tardif. Préface à la *Summa de legibus Normaniæ*, p. clxiv.

« La méthode suivie dans la Summa de legibus est celle de la philosophie scolastique, que les principaux romanistes et canonistes des XIIe et XIIIe siècles avaient adaptée aux études juridiques. Elle consiste à placer en tête de chaque matière une courte phrase de transition, puis la définition et la division du sujet, ensuite à étudier en détail chacun des termes de cette divi-

sion. Les développements se succèdent alors dans un ordre à peu près invariable, qui semble être une réminiscence des fameuses catégories d'Aristote. »

P. CLXVI. « L'auteur fait du reste preuve d'un vrai talent d'analyse en rattachant habilement aux idées principales contenues dans une définition ou une formule la plupart des développements qu'il donne sur un sujet: Dans le ch. *De brevi de feodo et vadio*, par exemple, il déduit de la formule du bref toutes ses conditions d'application. »

Id. N° 2. Le ch. *De defectu* fournit un exemple de ce système de déduction :

« Defectus autem est dilatio querelarum ex absencia alicujus partis contentiose..... submonitione delita precurrente.

» Unde notandum est quod ad hoc quod defectus fiat duo exiguntur, videlicet submonitio ad terminum comparendi et absencia ad eumden.

» Unde ad defectus calumniam duplex potest fieri responsio... »

LOCRÉ. *Esprit du Code Napoléon*. 1805. *Introdvction*, ch. 39.

« ...il est dangereux de donner des définitions imparfaites parce qu'elles conduisent à de fausses conséquences ; au surplus les définitions ne doivent trouver place dans la loi que quand elles deviennent des dispositions ou la base de dispositions. Alors elles sont elles mêmes des lois auxquelles le juge est obligé de se conformer. Celles qui sont purement de doctrine n'appartiennent qu'à la science du Droit ; leur place est dans les livres des jurisconsultes. »

CHAPITRE XI

Le Rationnel et le Droit : Analogie. Fiction. Construction.

BIBLIOGRAPHIE. — Hamelin, *L'analogie. Année philosophique* 1902 ; — Chide, *La logique de l'analogie. Revue philosophique*, 1908 ; — Paulhan, *Logique de la contradiction. Revue philosophique*, 1900 ; — Rabier, *Logique* ; — Cournot, *Essais sur le fondement de nos connaissances*, 93 ; — Laplace.

Mill's, *System of Logik*. B. III, ch. XX. *Of Analogy*.

Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts ;* — Fatta e Bensa, *Diritto delle Pandette de Windscheid*, p. I. 143 ; — Scharlach u. Zitelmann, *Arch. f. civ.* Pr. LXII, 435. LXVI, 348 ; — Hölder, *Pandekten* I. 71 ; — Regelsberger, *Pandekten*. I. 155 ; — Endemann, *Einführung in das Studium des bürgerl. Gesetz*. B. I, 45.

Heineccius *in Puffendorff*. Livre I, ch. 17 ; — Barbeyrac *sur Puffendorff*. Livre I, ch. 17.

Thomasius, *Cautelœ circa prœcognita jurisprudentiœ.*

Spassoïewitch, *Analogie et interprétation.*

Eltzbacher, *Ueber Rechstbegriffe* ; — Salomon, *Das Problem der Rechtsbegriffe.*

Demesius, *Die Rechtsfiktionen in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung ;* — Leonard, *In wie weit gibt es nach den Vorschriften der deutschen Civilprocessordnung Fictionen;* — Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* I § 61.

Auteurs déjà cités au précédent chapitre.

§ 1. — **Le raisonnement par analogie.** — Dans l'histoire des institutions concrètes, comme dans l'histoire du langage, l'analogie influe sans faire appel à la réflexion humaine. Un mot nouveau se fait bien souvent à l'image d'un mot ancien, ainsi les institutions nouvelles empruntent les formes des

anciennes, alors même qu'elles se présentent en antagonistes. Ce développement par voie d'imitation des créations juridiques concrètes et pratiques sera étudié plus tard. Ici, nous examinons l'analogie raisonnée et consciente agissant sur la science et la logique du Droit : le raisonnement par analogie.

Les rapports de ressemblance que les conceptions ou les situations de Droit peuvent avoir entre elles ont toujours été sciemment utilisés, aussi bien en législation qu'en jurisprudence et en doctrine, pour obtenir la solution des cas nouveaux et élargir ainsi le domaine de l'aquit juridique. Le raisonnement par analogie est dans notre science d'un emploi presque continuel. Il est donc important d'en connaître la nature et la valeur.

Les logiciens philosophes ne s'entendent pas sur ce point d'une façon parfaite. Mais leur point de vue n'est pas tout à fait identique au nôtre. Car ils se demandent ce qu'est l'analogie en elle-même au point de vue abstrait et théorique ; nous avons à l'étudier telle qu'elle se présente en pratique dans la réflexion et la discussion quotidienne, et plus particulièrement dans la vie juridique. Ces deux études, toutefois ont besoin de s'appuyer l'une sur l'autre.

I. — *L'analogie dans les diverses disciplines.* — En mathématique, l'analogie est un raisonnement parfait. Ainsi, en géométrie, toute figure peut servir au calcul d'une figure qui lui est semblable ; étant donné un triangle connu dans ses divers éléments et un autre triangle qui lui est semblable et n'est connu que dans certains de ses éléments, on peut calculer avec certitude les éléments inconnus par le fait de la similitude des deux figures. On nous dit que dans un triangle quelconque, en tirant une parallèle à l'un des côtés, on construit un petit triangle semblable au premier. Il nous suffira, en vertu de ce principe, de connaître le grand triangle et une seule indication concernant le petit, ou le petit triangle et une seule indication concernant le grand, pour être complètement et sûrement renseignés sur l'un et sur l'autre ; tandis que si les figures n'étaient pas semblables, la connaissance de l'une ne

servirait à rien pour le calcul de l'autre. Par suite, en mathématique, l'analogie — le calcul du semblable par le semblable — est un procédé aussi fécond que certain.

Il n'en est plus ainsi dans la logique des sciences concrètes. L'analogie y conduit à la vraisemblance, mais jamais à la certitude. La raison en est d'ailleurs fort simple ; le semblable mathématique est autre que le semblable vulgaire. Les éléments des deux figures semblables sont tous différents, mais sont tous dans les mêmes proportions. Il n'y a identité absolue nulle part, mais en tout identité de relation.

Dans les sciences concrètes et dans la logique vulgaire, on appelle « semblables » les phénomènes ou objets qui ont des éléments communs et des éléments différents, c'est-à-dire n'ayant entre eux aucune relation. Ces éléments différents peuvent être très nombreux ou peu nombreux ; mais là où n'existe aucun rapport, aucune relation, tout calcul est impossible. Un mathématicien refuserait de s'occuper d'un problème ainsi posé, qui rappelle celui de l'âge du capitaine calculé avec les dimensions du navire. Mais la vie pratique se passe à résoudre des problèmes insolubles avec les données dont on dispose. On les résoud par à peu près, au petit bonheur ; toutefois, les solutions n'en sont pas absolument arbitraires et peuvent trouver, dans des circonstances étrangères au calcul lui-même, la confirmation qui les approchera de la certitude. Ainsi les sciences naturelles se servent de l'analogie pour établir des hypothèses qui seront soumises au contrôle de l'expérience. Deux maladies contagieuses, pour si dissemblables qu'elles puissent être, ont ce caractère commun d'être contagieuses. On sait que l'une d'elles est due à un microbe ; on en conclut que l'autre doit aussi être causée par un microbe. On n'en est pas certain ; l'analogie n'a fourni qu'une vraisemblance ; mais cette vraisemblance va diriger les recherches. On n'obtiendra la certitude qu'au moment de la découverte du second microbe.

Les disciplines morales sont privées — ou à peu près — de la vérification par l'expérience Lorsqu'elles emploient l'ana-

logie, c'est sans grand espoir de pouvoir atteindre à la certitude par une voie quelconque. Elles n'en sont que plus ingénieuses à rechercher le plus fort degré de vraisemblance possible. Quoique ses résultats soient toujours vagues et indéterminés, l'analogie juridique n'en manifeste pas moins un très grand effort intellectuel pour tirer le meilleur parti des faibles moyens mis à sa disposition.

II. — *Analogie assimilatrice et analogie analytique.* — La similitude vulgaire n'autorise par elle-même aucune conclusion logique. Du fait que certains objets ou phénomènes ont certains caractères communs qui nous sont connus, il est impossible de conclure que les caractères inconnus seront semblables ou différents. Par suite, toute assimilation des uns aux autres est injustifiée.

Deux personnages ont tué un homme d'un coup de couteau ; quel sera le sort des homicides ? La similitude de l'acte matériel ne permet pas de le dire. Les circonstances qui nous sont inconnues peuvent être tellement différentes que l'un des meurtriers périsse dans les plus affreux supplices, tandis que l'autre sera absout ou justifié sans aucune poursuite. Ce dernier cas se présentera dans une civilisation primitive, si un maître a tué son esclave ; dans une civilisation avancée, le défaut d'intention, la légitime défense pourra faire absoudre l'homicide. Donc, la ressemblance partielle de deux actes ne peut nous fournir aucune solution. Pour que l'analogie juridique puisse fonctionner, il faut quelque chose de plus que la constatation d'une ressemblance vulgaire.

Ce « quelque chose de plus » nécessaire à établir le raisonnement par analogie, les esprits, suivant leur tendance et leur éducation, n'iront pas le demander aux mêmes procédés. La logique primitive emploie surtout l'analogie assimilatrice et la logique savante, l'analogie analytique.

Du seul fait que deux phénomènes diffèrent par certains côtés et se ressemblent par d'autres, on ne peut rien conclure. Mais si les phénomènes sont identiques, tout ce qui sera vrai de l'un sera vrai de l'autre, et s'ils sont à peu près identiques,

la même assimilation sera à peu près exacte. La ressemblance devient alors une identité approximative. Ceux qui, par analogie, voudront appliquer à un fait juridique les caractères d'un autre fait juridique s'efforceront d'établir que le nombre des caractères communs est très considérable, le nombre des caractères différents insignifiant et que, par suite, il convient de les traiter comme identiques. Les adversaire de l'assimilation insisteront sur les différences et tâcheront de voiler les ressemblances. Ces procédés d'argumentation et de contre-argumentation sont extrêmement usités dans la vie courante, la vie politique et même parfois la vie juridique. Ils se caractérisent par ces deux phrases banales, mais puissantes sur le cerveau du public : « c'est la même chose » ; « ce n'est pas la même chose ».

Bien souvent, lorsque nous blâmons un acte commis par autrui, on nous objecte que dans d'autres circonstances nous en avons fait tout autant. Un cri nous sort alors du cœur : « Ce n'est pas la même chose, » et la lutte s'engage entre l'argumentation analogique de notre adversaire et notre argumentation anti-analogique. Il est certain que ce ne sera jamais absolument « la même chose », et du fait qu'il n'y a pas identité, nous concluons qu'il n'y a pas analogie. Par suite, nous louerons l'un et blâmerons l'autre, alors qu'une logique plus rigoureuse nous amènerait à les blâmer ou à les louer tous les deux. Cette situation est tellement fréquente dans l'existence, que la moindre polémique nous en donnerait de nombreux exemples. De l'argumentation anti-analogique imparfaite, notamment, ou use et on abuse d'une façon désespérante, et il est curieux que l'on n'ait guère encore signalé ce procédé de logique inférieure si fréquent dans la vie sociale. Il faut d'ailleurs avouer que de subtils juristes et même des philosophes ne s'en abstiennent pas toujours.

L'analogie assimilatrice, si elle est souvent mal conduite, peut aussi être employée avec sagesse et discrétion. Dans ce cas, elle est parfaitement justifiée. Du fait qu'entre deux objets les ressemblances sont très nombreuses et les dissem-

blances très rares, on peut assez légitimement conclure que telle qualité constatée chez l'un a des chances de se rencontrer aussi chez l'autre. Cette argumentation peut être rapprochée de l'induction, comme le font la plupart des logiciens Le mécanisme en serait à peu près le même, bien que les résultats en restent toujours plus vagues. Beaucoup de logiciens ne connaissent que l'analogie assimilatrice. C'est à elle seule que convient cette phrase de Jevons : « The certainty of the process depends entirely upon the degree of resemblance or identity between the cases. »

Il est toutefois certain que l'analogie analytique est un procédé logique de beaucoup supérieur. Elle est plus délicate à manier, sans doute ; mais elle va au fond des choses et emporte avec elle sa justification. Deux objets semblables étant donnés, il convient de décomposer l'un et l'autre en ses éléments. Nous distinguerons alors des éléments communs à l'un et à l'autre et des éléments particuliers à chacun. Tout ce qui dépend des éléments communs est commun aux deux objets ; tout ce qui dépend des éléments particuliers doit rester particulier. Cette opération a l'air fort simple, et beaucoup affirmeront qu'elle va sans dire et qu'ils ne raisonnent jamais autrement. Et ce seront les esprits les plus simples qui se feront le plus d'illusions à cet égard. En réalité, cette forme de l'analogie est plus facile à exposer qu'à pratiquer sérieusement. Aussi n'est-il pas inutile d'en donner quelques exemples et d'en examiner le fontionnement.

L'analogie analytique se préoccupe peu de la quantité des traits ressemblants, mais de leur qualité, de leur concordance avec l'élément dont il s'agit d'accepter ou de rejeter l'assimilation.

Supposons deux maladies totalement différentes par leurs symptômes et leurs manifestations et n'ayant qu'un seul trait commun, celui d'être également contagieuses. Nous savons que l'une d'elles est causée par un microbe. Nous en conclurons avec beaucoup de vraisemblance que la seconde est aussi d'origine microbienne. Parce qu'entre microbe et contagion,

il y a rapport. L'un explique l'autre, et ce seul caractère commun rend l'analogie beaucoup plus vraisemblable que des similitudes beaucoup plus nombreuses dont on ne saisirait pas les rapports avec le fait à assimiler, telles deux maladies extrêmement semblables dont l'une serait contagieuse et l'autre non.

Prenons un exemple juridique. Deux homicides ont été commis : le premier avec intention, préméditation, sans excuse. Le coupable a été condamné à mort et à payer des dommages-intérêts aux parents de la victime. Le second homicide résulte d'une simple imprudence ; le mal causé est pourtant identique. En raisonnant par analogie analytique, comment allons-nous juger ce second cas ? Il y a dans les deux espèces des éléments identiques et des éléments différents. Le mal causé par faute est le même, or dans notre législation le mal causé par faute entraîne réparation ; donc le second sera tenu à des dommages-intérêts au même titre que le premier. Mais la culpabilité n'est pas la même, et, comme la peine vise la culpabilité, il n'y aura que peu ou pas du tout de peine.

Dans ces cas, l'analogie est conforme à la définition de Cournot : « un procédé de l'esprit qui s'élève de l'observation des rapports à la raison de ces rapports. » En termes juridiques, nous dirons : « *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio.* »

Le Droit étant une discipline essentiellement analytique, devait de bonne heure connaître et pratiquer l'analogie analytique. On doit loyalement reconnaître qu'aucune autre science n'y a consacré autant d'efforts. Depuis qu'il y a une logique juridique, tout jurisconsulte indiquant les différences et ressemblances des lois a fait tout son possible pour parvenir à la raison de ces ressemblances et de ces différences *(ratio similutidinis et differentiæ)*. Aux époques de grandes rénovations juridiques — il n'y a pas de grands espoirs sans un peu de naïveté — on a trouvé tout simple d'imposer à l'argument d'analogie l'obligation de ne paraître aux audiences que sous sa forme logique la plus imposante. Ainsi Portalis proposait-il

d'inscrire en introduction au Code civil : « On ne doit raisonner d'un cas à un autre que lorsqu'il y a même motif de décider. »

Il ne se doutait pas que si la chose eût été possible, elle eût été réalisée depuis des siècles et des siècles. Son expression d'ailleurs « même motif de décider », extrêmement vague, ne pouvait être d'aucune utilité. Car quiconque raisonne par analogie, même par la plus vague analogie, suppose qu'il y a « même motif de décider ». Pour être mauvaise, sa formule n'était d'ailleurs pas plus mauvaise qu'une autre, car la difficulté est dans le fond et non dans la forme.

Les lois n'ont pas qu'une seule raison d'être; leurs diverses raisons d'être ne nous sont pas toujours connues; on peut même dire qu'elles le sont très rarement d'une façon précise et indiscutable. Les motifs qui ont guidé le législateur peuvent nous être totalement inconnus; il faut bien souvent aller les chercher très loin dans le passé. S'il s'agit de dégager le rôle actuel joué par une disposition juridique et son utilité rationnelle, l'opération en sera encore plus difficile et le résultat plus incertain. La logique du Droit a comme tâche d'éclairer les discussions, de trouver des procédés de simplification à la portée de tous. C'est pourquoi, tout en reconnaissant la haute valeur du raisonnemont par analogie analytique et en lui conservant sa place chaque fois qu'il est possible de le faire sans trop de difficulté, elle a dû inventer des formes d'analogie qui lui sont propres et qu'on a employées à toute époque en même temps que les formes communes à toutes les disciplines et que nous venons d'exposer.

III. — *Analogie de Droit favorable et analogie de Droit commun.* — L'analogie assimilatrice est un peu trop simple pour être franchement avouée dans un milieu juridique même inférieur, et l'analogie analytique un peu trop savante pour être sûrement pratiquée dans un milieu juridique même supérieur.

Le Droit a besoin d'une argumentation facile et rapide, qui soit à la portée de tous, tout en étant placée au dessus de

tous. Il a besoin de principes très généraux qui ne puissent être remis en question à chaque procès, et la logique philosophique de l'analogie ne les lui donne pas. Il les a créés de lui-même ; il en a créé un certain nombre, dont nous étudierons les deux principaux.

1er Principe. — Toute loi favorable doit s'étendre par analogie ; toute loi odieuse doit être interprétée restrictivement. *Favores sunt ampliandi, odiosa vero sunt restringenda.*

2me Principe. — Toute loi conforme au droit commun doit s'étendre par analogie ; toute loi qui déroge au droit commun doit être interprétée restrictivement. La première des deux formules est, peut-on dire, d'ordre moral; la seconde d'ordre constructif.

Qu'est-ce qu'une loi favorable et une loi odieuse? Sera sûrement loi favorable toute prescription ou institution utile et conforme à la morale et à la justice : le mariage, la propriété, par exemple.

Une loi est odieuse lorsqu'elle est utile, mais contraire à la morale et à la justice : l'esclavage dans l'antiquité, par exemple.

Il est toutefois, entre les situations extrêmes et fixées, des situations intermédiaires et indécises : Lois utiles conformes à la morale et contraires à la justice ; lois utiles conformes à la justice et contraires à la morale ; lois nuisibles, admises toutefois par respect de la justice ou de la morale. Les théoriciens de la distinction entre odieux et favorable ont négligé de se prononcer sur ces cas, faute d'avoir su en faire une analyse suffisante, ce qui condamnait leur doctrine à l'imprécision, imprécision qui devait lui être funeste.

Le raisonnement par analogie basé sur le Droit commun ne souffre pas des mêmes vices de constrution logique. Etant lui-même une œuvre artificielle et abstraite, cela serait inexcusable. Le principe de droit commun est celui dont la puissance est indéfiniment extensible. Il joue normalement le rôle de la majeure dans le syllogisme. L'analogie tirée de dispositions de Droit commun peut être comparée à une induction suivie

de déduction. Ainsi, nous voyons que dans une législation les citoyens peuvent acheter, vendre, louer, se mettre en société comme ils l'entendent et en choisissant les obligations auxquelles ils veulent se soumettre. Nous en concluons que la liberté de vendre est conforme au Droit commun ; nous posons ainsi le principe général de la liberté des conventions, que nous pourrons appliquer, le cas échéant, à toute nouvelle hypothèse. Le principe de Droit strict n'a pas de vie propre, ni d'indépendance personnelle. Il ne peut être complètement exprimé qu'avec le principe général qu'il restreint. Il est incomplet, s'il n'en est pas ainsi ; aussi a-t-on parfois voulu exiger que toute dérogation à un principe de Droit commun fût accompagné du principe auquel il était dérogé. La portée de l'exception est incompréhensible à celui qui ignore la règle. « *Notissima regula est rescriptum speciale nullius momenti esse nisi expressam juris communis mentionem et derogationem faciat,* » disait Albericus de Rosciate.

Ce qui est dérogation à un principe plus large peut devenir droit commun pour une disposition plus restreinte. « Toute convention contraire aux bonnes mœurs est nulle. » Par rapport à la liberté des conventions, le principe est de Droit strict; par rapport à chaque espèce d'acte délictueux, il forme la règle et peut s'étendre par analogie. Ainsi, presque toute disposition juridique peut être considérée comme de Droit strict, par rapport à un principe plus large dont elle est une espèce et de Droit commun par rapport à des dispositions plus étroites, pour lesquelles elle constitue le genre.

Ainsi l'analogie de Droit commun et l'analogie de Droit favorable ont une structure logique très différente. On pourrait peut-être supposer que si elles diffèrent quant à la forme, elles se confondent quant au fond. Car — pourrait-on dire — les principes auxquels le Droit accorde la plus grande extension sont précisément ceux auxquels on reconnaît la plus grande valeur sociale ou morale. Si ce peut être vrai dans quelques cas, ce n'est certainement pas toujours exact. Le champ d'application d'un principe est surtout une question de

technique, et le plus étendu n'est pas toujours le plus précieux. On pourrait d'ailleurs soutenir, à l'inverse, que l'exception est plus précieuse aux yeux du législateur que la règle, puisqu'il l'a mise à part et lui a fait une situation privilégiée. Objection qui n'était pas sans embarrasser les dialecticiens du moyen âge lorsqu'ils s'essayaient à établir les rapports respectifs du privilège, de la loi favorable et du Droit commun.

En fait, si l'on étudie d'un peu près la logique juridique d'une période ou d'une série de périodes, on ne saurait douter que les deux formes d'analogies sont indépendantes. On les voit vivre côte à côte, parfois en harmonie et sans qu'il soit bien facile d'en déterminer le domaine respectif, parfois en hostilité et rivalité, l'une d'elles cherchant à exclure l'autre.

Le Droit romain connaît le « *jus singulare* », qui sans doute devait s'opposer au « *jus generale* », et les textes nous disent que ce « *jus singulare* », « *non est producendum ad consequentiam* », ne doit pas être étendu par analogie. Ce qui doit s'entendre, bien entendu, pourvu qu'il n'y ait pas d'autre cause d'extension ; comme le Droit général ou commun doit normalement s'étendre, pourvu qu'il n'y ait pas d'autre cause de restriction.

Ces autres causes d'extension et de restriction des lois doivent se ramener à deux ordres d'idées différents.

Les jurisconsultes romains signalent un certain nombre de situations juridiques qui doivent être traitées avec bienveillance, et d'autres qu'il faut n'admettre qu'avec sévérité. Tout ce qui facilite les mariages, les affranchissements, l'institution d'héritiers, doit être interprété de la façon la plus ample; il est au contraire des institutions auxquelles on se résigne, mais que l'on n'aime pas et que l'on interprétera restrictivement. La plus typique de cette catégorie est l'exhérédation. Le texte qui met le mieux en opposition cette popularité ou cette impopularité d'institutions ayant une autorité égale est le fr. 19. XXVIII. 2. du Digeste. « *Scævola respondit..... aliamque causam esse institutionis, quæ benigne acciperetur : exheredationes autem non essent adjuvandæ.* » Ainsi l'institution

d'héritier doit être examinée « *benigne* »; l'exhérédation doit trouver dans le magistrat et le juge des critiques sévères, prêts à l'annuler si elle n'est pas absolument irréprochable quant au fond et quant à la forme.

Il y a donc entre les divers éléments du Droit positif romain une certaine inégalité, avouée par les jurisconsultes eux-mêmes. Tel texte est sympathique, tel autre est antipathique; on ne les interprète pas de la même façon. Mais les jurisconsultes romains n'ont pas dit qu'il y eût des lois favorables, et encore bien moins qu'il y eût des lois *odieuses*. En latin, comme en français, l'expression est un peu forte. Une loi peut être odieuse pour ceux qui la condamnent et désirent la voir disparaître. Mais donner la qualification d'« odieux » à des dispositions juridiques dont on reconnait la légitimité et l'utilité est certainement excessif, alors même que ces dispositions auraient quelques inconvénients.

Le mot *odiosus* n'a jamais servi, que je sache, aux jurisconsultes romains pour qualifier les lois. Il y eut entre le Droit romain et les romanistes du moyen âge un malentendu en apparence peu important, qui eut pourtant une assez grande influence sur l'histoire de la logique juridique.

A côté de la distinction entre lois sympathiques et antipathiques, le Droit romain admet une autre catégorie: les lois faites *in odio* et les lois faites *in favore*. Seront faites « *in odio* » celles qui sont faites par haine, en répugnance de certains individus. Les lois qui veulent châtier telle ou telle classe de la population qui a démérité, tels les usuriers, les histrions, les militaires chassés de l'armée, les fraudeurs, etc., sont faites en haine de ces personnages « *in odio usurarium* ». Ce n'est pas que la loi elle-même soit odieuse, loin de là. La réprobation est méritée. Mais dans la voie de la haine et de la répression, la science romaine avait voulu qu'on ne pût dépasser d'une ligne ce que le législateur avait marqué. Leur interprétation est en principe restrictive.

Le Droit romain connaissait donc un système de raisonnement analogique à trois branches.

Droit commun : extensif
Jus singulare : restrictif

Institutions sympathiques : extensives
Institutions antipathiques : restrictives

Lois faites en faveur de personnes intéressantes (*favore*) : extensives
Lois faites contre des personnes plus ou moins mal famées (*odio*) : restrictives.

L'exemple classique de cette dernière opposition est fourni par les sénatus consultes Velleien et Macédonien. Le premier a été constitué *favore mulierum* et le second *ob pœnam creditorum.*

Les romanistes du moyen-âge eurent le tort, un peu surprenant pour des analystes de leur puissance, de ne pas saisir cette division tripartite et de la réduire à une division bipartite en confondant les deux dernières catégories en une seule. C'est ainsi qu'ils furent amenés à donner la qualification de favorable et d'odieux à des lois, ce qui était contraire aux conceptions romaines.

Evidemment la division tripartite des procédés d'argumentation analogique propre au Droit est la seule exacte et s'il fallait faire un traité de logique juridique c'est à elle qu'il faudrait se tenir ; dans une esquisse historique aussi rapide que celle-ci, on peut négliger la troisième catégorie après avoir constaté son existence.

Donc, dans tout notre ancien Droit — en France, jusqu'au Code civil — on fit un emploi égal de l'analogie par Droit commun et spécial et de l'analogie par Droit favorable et odieux. Toutefois on pourrait peut-être affirmer que le premier mode prédomine aux XIIe et XIIIe siècles et que dans les siècles suivants, il y eut une tendance exagérée à raisonner en *favorabilia et odiosa.*

Grotius employait ce dernier mode d'interprétation. Mais Heineccius et Thomasius lui firent la guerre ; Thomasius le condamna impitoyablement. Son prestige s'éteint dans le

cours du XVIIIe siècle. Portalis ne faisait qu'exprimer l'opinion générale, quand il voulait faire inscrire dans le titre préliminaire du Code civil :

« La distinction des lois odieuses et favorables faite dans la vue d'étendre ou de restreindre leur disposition est abusive. »

Les commentateurs du Code civil font une grande place à l'analogie par Droit commun. Elle est un des principes les plus importants et les plus incontestés de leur argumentation. L'analogie par Droit favorable n'est pas avouée bien que peut-être elle soit clandestinement pratiquée. En théorie, elle ne compte pas dans la logique juridique classique.

Ainsi, la donation des biens qu'on laissera à son décès, autorisée par contrat de mariage en faveur de futurs époux et de leurs enfants est une mesure favorable, mais une forte dérogation au droit commun. On ne tient pas compte du premier caractère ; on l'interprète aussi strictement que possible, en excluant des combinaisons qui ont exactement le même droit aux faveurs de la loi que celles expressément admises par le texte.

Les nouvelles écoles qui s'attaquent vivement à la logique constructive de l'école classique ne devaient pas épargner l'analogie telle qu'elle y est pratiquée. On pourrait relever chez certains auteurs récents une tendance à ressusciter l'analogie de Droit favorable sous une forme nouvelle peut-être perfectionnée.

IV. — *Valeur logique et nature du raisonnement par analogie dans la science juridique.* — S'il est donc tout à fait raisonnable d'appliquer à des cas semblables, des dispositions juridiques semblables, on voit qu'en pratique la chose est fort difficile, puisque, pour découvrir le semblable, le mettre en évidence aux yeux de tous, on a recourt à une série de procédés de valeur très différente et qui ne s'accordent pas très bien les uns avec les autres.

Notre but est de découvrir les forces intellectuelles qui ont travaillé au développement du Droit et d'en apprécier la

valeur. Les conclusions auxquelles nous aboutissons ne paraissent guère contestables.

1. — L'analogie a joué un grand rôle dans la confection et l'interprétation des lois. Les formes vulgaires et savantes de ce raisonnement telles qu'elles se présentaient dans les sciences concrètes, ne pouvant suffire à la science juridique, elle a dû inventer des formes spéciales plus facilement maniables, mais plus artificielles. Elle a d'ailleurs cumulé les formes juridiques avec les formes de la logique générale.

2. — L'analogie ne donnant dans les sciences concrètes que des résultats approximatifs, il est bien certain qu'en Droit, elle ne peut prétendre à plus de rigueur. Dans la découverte des semblables, elle ira dans des directions différentes, selon qu'elle adoptera la forme assimilatrice, analytique, de Droit commun ou de Droit favorable. Il est donc incontestable que sa marche est artificielle sinon tout à fait arbitraire.

3. — L'analogie est par elle-même une opération de l'esprit purement rationnelle. Elle fonctionne normalement sans faire appel à la morale ni au sentiment pas plus collectif qu'individuel. Même la catégorie en *favore et odio* est une création intellectuelle bien plus que sentimentale. Ce n'est pas à dire, bien entendu, que le sentiment ou l'émotion ne puisse employer cette forme de logique comme toute autre et lui donner une direction spéciale. Mais normalement et par elle-même l'analogie est un acte de l'intelligence.

Son caractère rationnel sans valeur logique absolue est incontestable.

§ 2. — **Construction juridique.** — L'étude de la construction juridique — sa définition, sa délimitation, le rôle qu'il convient logiquement de lui attribuer dans la formation du Droit, son activité de fait tant au point de vue actuel qu'au point de vue historique, — a été fort négligé par la philosophie du Droit et la science juridique pure. Il semble qu'au lieu de vouloir saisir le taureau par les cornes, on se soit fait plutôt un jeu de l'éviter. Que de volumes ont été consacrés à bâtir des constructions juridiques, que de jurisconsultes y ont passé leur

vie, sans expliquer même vaguement quelle était la raison d'étre de leur travail! Savaient-ils au juste de quoi et pourquoi ils écrivaient?

C'est le sort de beaucoup de problèmes abstraits de ne trouver jamais de solutions définitives. Encore convient-il de les poser et de leur accorder l'attention qu'ils méritent. Il n'est pas contestable que le problème de la raison d'être des constructions juridiques doit dominer l'étude des constructions elles-mêmes. Il n'est pas non plus contestable que ce problème n'a que très rarement été abordé franchement et que beaucoup en ont parlé plutôt par incidence, par sous-entendu que comme d'une question principale, importante par elle-même et difficile à résoudre.

Les raisons de cet énorme lacune dans la logique juridique sont nombreuses. Elles seraient de nature à justifier en grande partie les jurisconsultes du reproche de paresse intellectuelle qu'on pourrait étre tenté de leur adresser à cet égard.

Il convient d'ailleurs de ne rien exagérer. Si la très grande majorité de ceux qui établissent ou emploient les constructions juridiques en ignorent la nature et la portée, beaucoup d'autres se sont fait à cet égard quelque théorie qu'ils n'expriment pas dans son ensemble, mais qui domine implicitement leur pensée juridique. Enfin quelques esprits d'élite — je suis sans doute loin de les connaître tous — ont nettement abordé la question et proposé des solutions plus ou moins précises.

I. — *Nature de la construction juridique.* — Nous appellerons « construction juridique » dans un sens très large tout travail de doctrine. Mais il ne faut pas se méprendre : le travail de doctrine ne se confond pas avec le travail du jurisconsulte. Le jurisconsulte ne se borne pas à faire de la doctrine et il n'est pas le seul à en faire. Doctrine a d'ailleurs ici un sens tout spécial et peut se confondre avec systématisation ou organisation logique du Droit.

La division de la science juridique en quatre fonctions : politique, législative, judiciaire et doctrinale s'impose à qui veut ramener le Droit à ses éléments logiques. La politique apprécie

les lois faites ou à faire; la fonction législative fixe ce qui constitue la loi; la judiciaire applique la loi aux cas particuliers; enfin la doctrine coordonne les dispositions de la loi et au besoin celles de la jurisprudence. Mais ce qui est très distinct en logique se confond facilement dans la pratique et il semble en fait absolument impossible d'assigner à chaque fonction un organe qui lui soit exclusivement consacré.

A cet égard la compétence du juge est la plus largement extensible; en tranchant les conflits des particuliers et sans sortir de son tribunal il peut exercer toutes les fonctions juridiques et, en fait, — au moins jusqu'à un certain degré — il les exerce toutes. Le jurisconsulte n'ayant aucune autorité légale travaille évidemment d'une façon plus platonique mais sur un domaine non moins étendu. Il est aussi politicien, législateur et juge d'une façon hypothétique, éventuelle, imaginaire même. Mais qu'il s'agisse de réalité ou d'imagination, cela ne change en rien à la nature du travail.

Dans la plupart des ouvrages de Droit se trouve une partie politique: appréciations des lois, exposé critique de leurs avantages et inconvénients; considérations morales, économiques, sentimentales qui les justifient ou les combattent; indication et appréciation des réformes proposées. C'est ce que l'on a appelé le « donné social »; tout jurisconsulte s'y intéresse dans une certaine proportion. On distingue facilement cet accessoire politique de l'œuvre doctrinale elle-même.

L'exposition et l'interprétation de la volonté du législateur ne sont pas non plus de la doctrine; mais doivent être classées dans la fonction législative. Lorsqu'il s'efforce de faire connaître à tous les ordres qu'a donnés le législateur, en s'exprimant d'une façon claire tout aussi bien qu'en s'exprimant d'une façon obscure, le commentateur n'en est que le sous-ordre. Il est à son égard comme le domestique intelligent qui comprend à demi mot les ordres de son maître. Ces ordres resteraient lettre-morte s'ils n'étaient pas compris. Les rédacteurs de lois sont aussi heureux d'avoir d'intelligents domestiques qui ne les obligent pas à préciser dans le moindre dé-

tail ce qu'ils veulent dire. C'est le rôle que jouent les interprètes. N'auraient-ils d'eux-mêmes aucune initiative, ils collaborent à la loi par le seul fait qu'ils l'expliquent et la mettent à la portée de tous. L'interprétation de la loi rentre dans la fonction lègislative et non doctrinale.

Il est bien certain que la « technique d'interprétation » est l'œuvre des théoriciens, une partie très importante de leur œuvre. Beaucoup d'écrivains du Droit ont pu croire qu'ils ne faisaient pas autre chose qu'interpréter les lois suivant certaines règles.

Comme le législateur ne fournit souvent que des principes très généraux et très abstraits, desquels il faut extraire des décisions de plus en plus spéciales et de plus en plus concrétes, on peut facilement se méprendre sur la nature du travail doctrinal. Mais cela n'affecte en rien la distinction qui s'impose logiquement entre l'art de chercher des solutions positives et l'art de les classer A ce dernier seul, nous donnons le nom de « doctrine », sans nous dissimuler que nous nous écartons de la terminologie courante.

Entre temps, le jurisconsulte invente des situations particulières, des conflits imaginaires ou examine quelque procès réel et fait connaître ce qu'il déciderait s'il était juge Il exerce le simulacre de la fonction judiciaire. Il ne fait pas encore œuvre de doctrine.

La doctrine est la forme du Droit. On peut exercer des fonctions législatives et judiciaires sans donner à sa pensée aucune espèce de forme, par un simple signe, en baissant la tête, en levant la main, en mettant une boule dans une urne, en posânt la statue de la vérité sur le front de celui à qui on donne raison selon l'usage des juges de l'ancienne Egypte. Le travail doctrinal consiste dans la coordination de ces décisions générales ou individuelles, en les considérant par hypothèse comme complément dénuées de forme à leur origine.

C'est dire que le travail doctrinal n'est pas le monopole du jurisconsulte. Car presque tous les législateurs et un très grand nombre de juges donnent à leurs décisions une certaine forme

au moment où ils les expriment. Ils classent leurs décisions dans un ordre par eux choisi, les rapprochent de décisions antérieures, établissent une idée générale par rapport à laquelle ces diverses décisions apparaissent comme des conséquences. Ils font de la construction juridique.

Il faudrait inventer une civilisation extrêmement primitive pour qu'il puisse y être exécuté un acte de législation absolument pur de toute doctrine. Pour peu qu'un maître ait à donner des ordres qui ne sont pas immédiatement exécutables, des ordres multiples et complexes, il doit adopter une méthode — très rudimentaire peut-être — mais une méthode de classification qui est de même nature logique que la construction juridique la plus savante. Dans la plus simple des lois, la partie doctrinale est toujours sensible, dans la codification la moins savante elle est considérable et dans les codes savants, l'acte législatif peut arriver à n'être plus qu'une estampille posée sur le travail d'un pur théoricien.

Le juge qui motive ses décisions sous certaines formes fait aussi de la construction juridique.

II. — *Principales formes de constructions juridiques.* — Ne faisant pas ici un cours de logique juridique, nous n'avons pas à faire, ce que les logiciens du Droit n'ont d'ailleurs pas fait, une classification complète des constructions juridiques. Il nous suffit d'en donner quelques échantillons.

Le plus simple énoncé d'une injonction ou d'une défense comporte le choix des expressions propres à en assurer la compréhension et l'exécution. Si toutefois le législateur ne poursuit d'autre but que l'expression d'un ordre précis et isolé, on ne peut guère dire qu'il fasse œuvre de doctrine. Ici, comme en toute question de limite, le point de suture est délicat à préciser.

Mais, il y a évidemment travail doctrinal, dès que les dispositions concrètes sont présentées dans un certain ordre, à moins que cet ordre ne soit dû tout à fait au hasard, ce qui n'est guère le cas même pour des œuvres très primitives. La loi Salique n'abuse pas de la théorie et de la systématisation.

Elle suit toutefois un plan et une méthode et de ce plan et de cette méthode, il est facile de dégager certains traits, bien qu'il s'agisse du produit d'une intellectualité fort différente de la nôtre.

De deux textes de contenu à peu près identique mais autrement disposé, la seule ordonnance pourra nous révéler des conceptions générales très différentes du Droit et de la société L'étude comparée des « plans » des diverses œuvres juridiques est aussi intéressante que féconde. Il est très certain que le fait de placer en première ligne les principes relatifs aux pouvoirs des souverains, ou des dispositions de procédure, ou des principes de Droit pénal, ou la définition de la justice et la division des Droits, etc... révèle indépendamment du contenu des mentalités très différentes.

Plus complexe et plus savant que le travail d'exposition est le travail d'examen, d'exploration et de comparaison des textes. Aucune science juridique ne peut s'en passer.

Chaque injonction du pouvoir se suffit à elle seule, lorsque le sens en est clairement déterminé. Supposons la chimère d'un Code simple, clair, à la portée de tous et prévoyant sans équivoque toutes les solutions de détails possibles et imaginables. Il semble qu'en pareil cas, le théoricien n'aurait rien à faire et ne pourrait qu'embrouiller les questions. Aussi, lorsqu'un législateur se fait l'illusion d'avoir réalisé l'œuvre parfaite, est-il tenté d'interdire tout commentaire, qui lui paraît inutile et partant dangereux. Mais il est impossible d'interdire aux hommes de faire usage de leur force cérébrale même en présence des textes les plus respectés. L'exégèse, le rapprochement des caractères communs, la comparaison, la généralisation peut être poursuivi par simple besoin intellectuel par des esprits cultivés en dehors de toute intention de critique ou même d'interprétation. Nous sommes alors en présence d'une opération constructive pure. En ce faisant, le jurisconsulte n'ajoute rien à la loi, mais il enrichit infiniment la pensée juridique, en lui ouvrant incessamment de nouveaux points de vue.

Ainsi, un Code permet, dans un certain nombre de cas, de ne pas restituer à autrui ce qui lui appartient; le jurisconsulte groupe ces divers cas et fait une théorie du Droit de rétention; ainsi la loi attache certaines conséquences aux imprudences, aux négligences, aux tromperies dans la vie juridique, le jurisconsulte dégage la notion de faute, de dol; ainsi le législateur ordonne d'observer certaines formalités dans les actes juridiques sous peine de certaines sanctions, le jurisconsulte compare ces sanctions et en compose un système général des nullités. Tout cela, il peut le faire sans vouloir en rien critiquer ou même éclaircir les injonctions concrètes contenues dans les textes; elles restent en droit ce qu'elles étaient et pourtant le seul fait d'avoir manié et assoupli la matière juridique prédispose le juriste et prédispose tous ceux qui subiront son influence à envisager autrement les dispositions de la loi présentes et futures.

Bien entendu, presque toujours, le jurisconsulte emploiera ses abstractions doctrinales dans un but interprétatif, mais si les deux fonctions sont cumulées par le même homme, cela n'empêche pas les deux fonctions d'être distinctes.

Ce travail de systématisation se fait surtout par groupements abstraits. Il peut se faire autour d'un noyau concret sans pour cela changer de caractère. Ainsi peut-on composer un manuel à l'usage du juge de paix, du commissaire de police, du gendarme, du garde-champêtre, du commerçant, du cultivateur, etc... en groupant toutes les notions de Droit que doit connaître l'un ou l'autre de ces personnages pour savoir ce qu'il a à faire dans les événements variés de sa vie professionnelle. Sans avoir une influence bien considérable sur l'esprit juridique, de tels traités bien exécutés demandent un certain effort d'analyse et ne manquent pas d'intérêt.

Enfin dans un troisième groupe, nous placerons les études sur la nature des institutions. Tout acte social surveillé par la loi est soumis à une série d'injonctions et de prohibitions qui le suivent dans toutes ses phases. Ainsi le mariage peut être soumis à des prescriptions légales depuis la première entrevue

des futurs fiancés et même avant, jusqu'à la mort des époux et même après. Ainsi dans la vente, la loi peut diriger l'acquéreur depuis les premières tentatives qu'il fait pour se procurer un objet à prix d'argent et le vendeur depuis ses premières tentatives pour obtenir de l'argent en échange d'un objet. Elle peut les suivre à travers toutes leurs démarches, marchandages, accords, actes de livraison, paiement jusqu'à ce qu'il y ait satisfaction complète et définitive des deux parties. Le plus souvent les prescriptions de la loi suivent les phases de la vie de l'acte concret et si elles sont assez nombreuses en modèlent tous les contours. De telle sorte que les prescriptions dessinent les institutions, jusqu'à représenter les institutions elles-mêmes. Ainsi certains jongleurs dessinent-ils en lançant des couteaux les formes d'un individu qu'ils ont fait appliquer contre une planche.

Lorsque le législateur a lancé ses prescriptions en suivant le contour d'un acte social, il a créé une institution juridique. Cette façon de procéder est extrêmement pratique et avantageuse. Mais il ne faut pas s'y tromper ; elle est indépendante du fonds du Droit lui-même qui pourrait sans aucune modification interne être présenté de tout autre façon. L'institution juridique n'est qu'une construction doctrinale.

Parmi ces institutions juridiques les unes sont plus anciennes, plus usitées, plus simples, d'autres plus récentes, plus complexes, moins usitées. Il est d'une bonne méthode d'expliquer le moins connu par le plus connu, le moins familier par le plus familier. Ainsi peut-on analyser l'échange en deux ventes successives, voir dans le métayage une location où le propriétaire reçoit comme loyer une quote-part des fruits ou une société d'une nature particulière, ramener les contrats matrimoniaux à certains types de contrats commerciaux, dégager dans l'assurance les éléments du pari, etc...

Tous ces rapprochements pour si féconds qu'ils puissent être pour l'intelligence juridique sont des constructions doctrinales, c'est-à-dire purement artificielles. Seules les injonctions de la loi expresses ou tacites, écrites ou coutumières

constituent juridiquement et positivement l'institution. C'est à elles seules qu'il conviendra de s'adresser pour résoudre les conflits qui naîtront de son fonctionnement. La forme ou la disposition de ces injonctions importe peu. Malgré l'importance colossale que ces constructions ont eu pour le développement de la science juridique, elles restent purement doctrinales c'est-à-dire indépendantes du fond. Cela me paraît du moins résulter de l'analyse déjà faite et des observations que nous allons brièvement présenter.

III. — *Valeur juridique et logique des constructions doctrinales.* — A une question de Droit positif, on doit pouvoir répondre par oui ou par non ; et si c'est oui, ce n'est pas non: si c'est non, ce n'est pas oui. Bien entendu le oui et le non pourront avoir leurs partisans et chacun de ces partisans produire des arguments qui nous laissent perplexes ; mais, si nous pouvons être fort embarrassé pour trouver la vraie solution, nous savons qu'il ne doit y en avoir qu'une seule bonne. En est-il de même des affirmations doctrinales ? Sont-elles nécessairement ou vraies ou fausses, ou bonnes ou mauvaises ?

Une immense quantité d'œuvres juridiques de toute époque et de toute nature présupposent qu'il en est ainsi, que toute description doctrinale est exacte ou inexacte, qu'il existe une seule façon de présenter les institutions, d'en élaborer la construction et qu'il existe pour chaque institution une forme logique parfaitement harmonieuse le plus souvent inconnue et qu'il convient de découvrir. Presque toute la dogmatique juridique en honneur dans certains pays repose sur ce préjugé.

Ce n'est pas qu'il convienne de mépriser la dogmatique et la construction juridique pure. C'est une des formes les plus élevées de la pensée, la gymnastique intellectuelle supérieure qui développe à la fois la puissance d'observation, la perspicacité, la subtilité et l'ingéniosité. Un esprit familiarisé à cette discipline verra d'un coup d'œil dans un texte de loi, dans un projet de loi mille points de vue qui passeront inaperçus à celui qui lui est étranger. C'est donc au point de vue subjectif la plus haute pédagogie — ne craignons pas le mot — à laquelle un juriste déjà instruit puisse se soumettre.

Au point de vue objectif, il faut aussi proclamer que nous ne connaissons vraiment une institution qu'après en avoir fait une étude dogmatique comparée en confrontant tous les systèmes qui ont été émis pour en expliquer la nature. Ainsi une « fondation », acte juridique qui permet à un particulier de poursuivre, après sa mort et pour un temps illimité, une œuvre de charité ou d'utilité publique qui lui tient au cœur est une construction juridique assez délicate. Certains théoriciens sont plus particulièrement frappés par l'effet puissant que produit la volonté du fondateur en créant un organisme qui pourra fonctionner longtemps après sa mort, tel qu'il l'a voulu ; d'autres y voient surtout le patrimoine affecté à un but spécial ; d'autres le but auquel le patrimoine est affecté ; d'autres encore l'organisation administrative ; d'autres enfin les bénéficiaires, etc... Autant de bases ; autant de constructions. Lorsqu'on aura exposé tous ces systèmes doctrinaux, ce qui les justifie à certains points de vue, ce qui les condamne à d'autres, ayant ainsi tourné et retourné la question en tous sens, on en aura la connaissance théorique la plus parfaite qu'il soit possible d'obtenir.

Ainsi s'explique le grand attrait, le charme captivant de ces études de construction juridique abstraite. Il est peu de ces livres dont on ne puisse dire :

Ouvrez-le sur votre oreiller,
Vous verrez se lever l'aurore.

Mais le grand attrait de ces ouvrages est dans la variété des opinions et de l'argumentation. Il n'est pas une idée originale et même bizarre qui doive en être exclue, car la vraie construction idéale d'une institution, c'est la synthèse de tout ce que l'on peut dire sur elle.

Je sais bien que beaucoup de ceux qui se sont consacrés à la construction dogmatique des institutions, seront bien peu flattés de cette appréciation, car ils ont la prétention de trouver des solutions absolument justes et de rejeter toutes les autres comme absolument fausses. Affirmer qu'en fait, elles se valent toutes, plus ou moins, et qu'en tous cas, il n'en est

aucune qui vaille que l'on renonce aux autres, n'est-ce pas déprécier la nature même de leur travail? C'est évidemment se refuser à donner pleine satisfaction aux ambitions de chacun, mais c'est peut-être aussi mieux rendre justice à l'effort commun. Ces considérations sont d'ailleurs sans importance. Notre seul désir est de pénétrer dans la pensée juridique, de la connaître objectivement. Quel est à cet égard la valeur de la construction?

La question peut être examinée à un triple point de vue.

1o — Y a-t-il forcément, pour chaque institution, une forme juridique parfaite et n'y en a-t-il qu'une seule?

2o — Peut-on déduire d'une construction juridique rationnellement établie la solution d'une difficulté pratique non prévue ?

3o — Le législateur et le juge peuvent-ils imposer une construction à la doctrine?

1re Question. — Si nous considérons la matière juridique comme un ensemble de décisions concrètes dont chacune a sa raison d'être et sa justification dans un ensemble de circonstances variées, il est impossible d'affirmer que nous trouverons toujours un principe général et théorique qui expliquera tous les éléments d'une institution quelconque. Là où il n'y a pas de communauté logique originaire, il peut bien y avoir rapport logique fortuit, mais non pas rapport logique nécessaire. Je suppose qu'un individu se laisse guider tout le cours de sa vie par le plaisir et l'intérêt et qu'on se demande, après sa mort, s'il a toujours suivi les règles de la plus stricte morale. Ce ne serait pas impossible sans doute, si par suite des circonstances, il n'avait jamais eu ni plaisir ni intérêt à mal faire. Ce serait un effet du hasard. Si, de même, les volontés du législateur ne proviennent pas de la logique constructive, comment seraient-elles nécessairement conformes à une logique constructive quelconque? Il faudrait pour cela inventer une harmonie préétablie entre les exigences de la vie sociale et les exigences de la logique théorique. Et cette harmonie préétablie, que doivent sans doute supposer un grand nombre de juristes, d'où proviendrait-elle?

Bien entendu, il est toujours possible avec un peu d'ingéniosité — et les juristes n'en manquent pas — d'adapter les faits au cadre d'une théorie quelconque qui leur est étrangère. Cette opération n'est pas en elle-même condamnable, si on se rend compte de son caractère tout à fait artificiel. Ainsi suivant les circonstances peindra-t-on le même individu comme un saint ou comme un monstre. L'esprit critique appréciera la construction juridique comme un article de journal, avec le même scepticisme.

Aussi les dogmatistes juridiques n'ont-ils aucun droit à se maltraiter les uns les autres. Aucune construction juridique ne saurait être fausse ou ridicule, parce qu'aucune ne saurait être absolument vraie et incontestablement respectable. On a fait au jurisconsulte Toullier de graves reproches touchant ses « erreurs ». Il a dit entre autres que la communauté entre époux, telle qu'elle est établie par le code civil français, commençait au moment de la dissolution du mariage. Est-il plus juste de dire qu'elle commence avec le mariage? L'une et l'autre de ces deux affirmations concordent parfaitement avec certaines solutions concrètes, et jurent de se rencontrer avec d'autres. Une société qui se forme par le fait qu'un des sociétaires disparaît est une conception bizarre, sans doute, mais bizarre est aussi l'idée d'une société où l'un des sociétaires n'a que des droits éventuels. Que choisir : l'un, l'autre ni l'un ni l'autre, tous les deux à la fois. Peu importe ; l'important au point de vue logique est de ne donner à aucun des systèmes une valeur exagérée.

2me *Question.* — Une construction juridique peut-elle donner la solution d'une question pratique non prévue? Sur ce point, l'attitude des théoriciens du Droit est généralement équivoque et manque de franchise.

Si la construction est étrangère à la vie pratique du Droit, si le Droit pratique vit tout aussi bien dans l'illogisme et l' « heureuse anarchie », on ne voit pas comment pourrait se justifier, à aucun degré, un argument de construction pour apporter à la loi la plus légère modification, pour en augmenter ou en restreindre la portée.

Or, bien souvent on commence par proclamer que la « construction artificielle », la logique ne doit en aucun degré être une entrave au libre développement de la vie sociale et commerciale. Elle doit simplement en enregistrer et ordonner les manifestations. On prétend établir la théorie d'une institution en maniant dans une savante combinaison les données concrètes de la loi. Une construction ainsi établie avec certaines données concrètes et connues, ne doit donc valoir que pour ces données concrètes et connues. Survient un cas nouveau : quelle que soit son importance, la politique, le donné social a seul qualité pour en fixer le sort. Et si la nouvelle solution est en contradiction avec la savante théorie, qui avait su s'harmoniser avec toutes les autres solutions, tant pis pour la savante théorie. Elle est à terre et tout est à refaire.

Si l'on veut être logique, il faut décider que dans aucun cas, le plus minime intérêt pratique ne peut être sacrifié à la plus savante, la plus complexe et la plus satisfaisante construction. Car la doctrine constructive ne peut faire en aucune mesure ce qui est contraire à sa nature. Peut-elle trancher une question de Droit, elle peut les trancher toutes.

Or, la plupart des constructeurs de théories tiennent ce raisonnement : « C'est au système à se plier à la vie. — Je vais construire un système en assemblant avec soin toute les données concrètes connues. Mais je ne puis pourtant pas travailler pour rien. Une fois mon travail fini, c'est à la vie de demain à s'adapter à mon système ».

Nous voyons des esprits aussi éminents que Ihering tomber dans cette inconséquence. On pourrait entasser par centaines des exemples prouvant que les théoriciens qui ont le plus réfléchi sur le sujet ne sont pas très bien fixés sur la valeur logique des constructions juridiques.

3e *Question.* — Le législateur peut-il imposer une construction doctrinale ? Nous reconnaissons au législateur le pouvoir d'ordonner tout ce qu'il veut : nous ne mettons aucune limite à sa volonté ! Il s'agit, bien entendu, du législateur abstrait et de limite logique. Il est bien certain que, dans la réalité, le

législateur en chair et en os est toujours contenu dans certaines limites politiques. Mais la fonction législative par sa nature est omnipotente. D'autre part, pour exprimer ses volontés, le législateur peut employer le langage qui lui convient. Il pourrait s'exprimer par gestes, si cela lui faisait plaisir ; s'il aime mieux employer le langage savant des jurisconsultes, il le peut tout aussi bien. Pratiquement, il peut y avoir des avantages de clarté, d'élégance, de prestige à ce que la loi soit rédigée d'une certaine façon et non de telle autre. Théoriquement, tous les procédés d'expression sont également légitimes.

En fait, comme même à des stades assez primitifs, les lois sont rédigées par des juristes plus ou moins habiles, elles empruntent presque toujours le langage de la doctrine. Et au fur et à mesure que le Droit se développe, la tendance à se servir du langage abstrait va en s'accentuant. Dans le code civil français fourmillent déjà toutes sortes de constructions : définitions, classifications, notions abstraites, fictions et on sait qu'il n'est pas ce que l'on peut appeler un code savant. Il serait d'ailleurs extrêmement difficile au rédacteur de la loi de ne jamais employer le langage de la doctrine.

Mais toute construction doctrinale faite par le législateur n'a qu'une valeur indicative. Elle sert à nous faire connaître quelles sont les solutions concrètes qu'il a voulu sanctionner. S'il obtient ce résultat, peu nous importe la justesse ou la défectuosité de son langage. L'interprête ne cherche que les moyens de pénétrer dans le fond du Droit. Quant à la doctrine, son droit de critique reste entier, quoiqu'ait pu dire le législateur. Encore moins que changer un homme en femme celui-ci ne peut faire qu'une mauvaise définition soit bonne, qu'une classification tripartite ne soit insuffisante, s'il y a quatre éléments à classifier, qu'une fiction devienne une réalité. Il ne peut pas décider que la communauté conjugale « commence au jour du mariage », si en fait, en vertu des dispositions qu'il a lui-même édictées, elle n'y commence pas. L'argumentation d'Aubry et Rau contre Toullier que nous

donnons plus loin est caractéristique de la confusion des idées à cet égard.

IV. *Rôle de la construction doctrinale dans la réalité historique.* — La confusion des idées sur notre question s'explique par le fait que le point de vue logique et le point de vue réel et historique sont en désaccord. En logique, le fond et la forme sont deux notions qui s'opposent et sont faciles à discerner ; en logique, le législateur, créateur du fond, se sépare très nettement du jurisconsulte, créateur de la forme ; en logique, la forme est subordonnée au fond et le fond ne sort jamais de la forme. Dans la réalité juridique, la forme peut créer le fond et par suite toutes les fonctions du Droit peuvent s'enchevêtrer à tel point qu'il devient impossible de les démêler.

Le politicien qui élabore des projets, le législateur qui édicte des lois, le juge qui les applique, le jurisconsulte qui construit la matière juridique sont des personnages abstraits qui n'existent dans aucune civilisation même dans les nôtres. En fait, il est presque toujours bien difficile de dire par qui, par l'autorité de qui, une loi est devenue loi.

En théorie, nous dirons que la loi est l'œuvre d'un souverain représenté par certains organes ; en fait, il nous sera souvent bien difficile de retrouver l'action du souverain, l'organe législateur et même la fonction législative.

La plupart des institutions juridiques naissent à toute époque en dehors du Droit sous forme d'usages. Lorsque le législateur s'en occupe, elles sont déjà toutes formées. La fonction législative se résume en un simple acte d'adhésion. Mais encore est-elle ici perceptible. Dans les anciennes civilisations, le souverain n'est pas du tout législateur ; il intervient pour faire respecter des usages qu'il n'a même pas la prétention de connaître. Dira-t-on que dans ces périodes, où le Droit est coutumier, c'est la masse, la foule anonyme qui accomplit la fonction législative ? Lambert a consacré de longs développements et une forte documentation à prouver la fausseté historique de cette conception. Les usages deviennent juridiques

lorsqu'ils sont consacrés par les tribunaux ; mais les tribunaux ne font que signaler les usages établis. De telle sorte que la fonction législative confondue dans la fonction judiciaire est absolument insaisissable.

De même l'œuvre purement doctrinale empiète bien souvent — surtout aux époques primitives — sur la fonction législative. Celui qui recueille les coutumes de son pays, les assemble et les rédige, n'eut-il nullement, ni la prétention, ni l'intention d'imposer sa volonté à ses concitoyens, guide le Droit positif dans son évolution. Les solutions auxquelles il aura donné la préférenee, ont bien des chances de triompher par le seul fait qu'il les a préférées. Une coutume écrite fait disparaître bien des coutumes non écrites. Le fait est banal dans l'histoire de la littérature juridique : un simple scribe sans autorité et sans prétention a souvent eu sur la marche du Droit une influence décisive. Les travaux juridiques les plus répandus et les plus influents le doivent presque toujours à des qualités de forme. Tout recueil de constitution, de décrétales, de décisions jurisprudentielles aboutit à mettre au premier plan certaines décisions juridiques, à effacer ou estomper les autres.

Il ne s'agit pas seulement du passé. A toute époque, la fonction doctrinale fait en partie la loi même sans avoir la moindre intention de la faire. Le seul fait de classer, de définir, de construire influe sur les solutions concrètes qui n'ont pas encore été prévues. C'est une tendance naturelle à l'esprit. une application — si l'on veut — de la loi du moindre effort. Pour les solutions de peu d'importance, l'argument de construction prévaudra toujours sur l'argument de politique, car il est plus précis et plus facile. Et l'accumulation de petites solutions de détails peut transformer l'aspect général de toute une institution.

En résumé, on peut affirmer que dans la création du Droit, bien souvent la forme emporte le fond. Quiconque décrit le Droit fait le Droit, dans une mesure peut-être infime, peut-être considérable. On peut affirmer également que cette créa-

tion du Droit par la doctrine est un non-sens au point de vue logique, car la discipline de la forme devrait laisser intact le fond. Or, comme le travail doctrinal est indispensable, a toujours existé et existera toujours, nous devons en conclure que la science juridique est affectée d'un vice intellectuel dont elle ne pourra se guérir et qui l'empêche à tout jamais de prendre place dans les disciplines de logique pure.

§ 3. — **Fiction doctrinale.** — Les jurisconsultes modernes — en très grand nombre du moins — ont contre la fiction une aversion que je ne saurais partager, n'en ayant jamais compris les motifs. Et si je n'ai jamais compris ces motifs de haine contre le « fictif », c'est que je ne les ai jamais vus exposés d'une façon tant soit peu sérieuse. Peut-être existe-t-il un livre où on les trouverait ; pour moi je ne le connais pas. J'ai vu opposer à tous propos et sans plus d'explications, la « fiction » à la « réalité » et l'argumentateur semblait dire à son public : « Ne pas préférer la réalité à la fiction serait d'un esprit bien peu positif. ».

Ihering, sans doute, a déjà défendu la fiction contre ses détracteurs. Avant d'en entreprendre une nouvelle justification, on ne saurait omettre de citer les quelques pages profondes et agréables dans lesquelles il a accompli cette tâche. Malgré le puissant appui qu'une citation de Savigny brève et décisive lui apportait, malgré le piquant avertissement aux théoriciens futurs : « Le Kobold de la fiction se venge souvent cruellement de ceux qui le poursuivent », le passage de Ihering n'a guère eu d'influence sur les esprits et les vieilles incompréhensions se sont reproduites. Toutefois, dans sa tentative de réhabilitation, le profond juriste restait en deçà de la vérité. La fiction était pour lui un instrument utile mais inférieur et vicieux à certains égards, tandis qu'elle est à nos yeux aussi légitime que n'importe quelle autre construction juridique. Son ingénieuse distinction entre la fonction dogmatique de la fiction et sa fonction historique ne m'en paraît pas moins définitive et elle me servira de base dans l'exposé de ce procédé intellectuel si important pour la méthode juridique-

L'énonciation du faux peut constituer un « mensonge », un « mythe », une « fiction. » Le premier peut se définir « affirmation d'un fait contraire à la vérité dans l'intention de tromper » ; le mythe est l'affirmation d'un fait contraire à la vérité — mais non connu comme tel — par une intelligence sincère et d'une puissance insuffisante ; la fiction est l'énonciation d'un fait faux, reconnu et présenté comme faux.

Pour qu'il y ait mensonge, mythe ou fiction, il n'est d'ailleurs pas nécessaire que la fausseté de l'affirmation soit évidente et absolue. Donner un événement peu probable comme très probable, un événement probable comme certain, étendre à tout le monde une proposition qui ne convient vraisemblablement qu'à quelques-uns, est aussi, selon les circonstances mensonge, mythe ou fiction.

Peu importe d'ailleurs la nature du fait irréel allégué. Ce peut être un fait fantaisiste, surnaturel, contre nature (le mort saisit le vif) : un fait physique naturel qui ne s'est pas produit (la naissance d'un enfant qui est simplement conçu) ; un fait légal (existence d'une loi lorsqu'elle n'existait pas encore ; supposition d'une formalité qui n'a pas été remplie). La nature juridique de toutes ces affirmations est identique ; lorsqu'on les énonce sans être dupe de soi-même et sans vouloir duper les autres, on crée une fiction.

Les fictions juridiques forment deux groupes très distincts : Les fictions de construction ou doctrinales qui servent à l'exposition et à l'étude abstraite des dispositions concrètes de la loi.

Les fictions judiciaires employées par le juge pour faire l'application de la loi aux faits réels de la vie pratique. Elles règlent particulièrement les questions de preuves.

Les paragraphes suivants s'appliquent uniquement à la fiction doctrinale. La fiction judiciaire sera étudiée séparément.

1. — *Fonction dogmatique de la fiction.* — Ainsi la logique juridique affirme souvent le faux. Si maintenant, on demande pourquoi dans un travail sérieux, ayant un but pratique, on peut se permettre des énonciations que l'on sait être fausses

et que l'on déclare telles, il est facile d'en découvrir des raisons multiples et toutes justifiées.

La fiction ne serait-elle qu'une façon d'amuser le juriste ? Qui dit amusement dit attraction, intérêt, activité plus intense du cerveau, attention mieux soutenue sans fatigue et sans peine, meilleure conservation dans la mémoire, Alléger le fardeau juridique serait déjà quelque chose.

Peu de chose, sans doute, si la fiction ne permettait de donner sous une forme simple et imagée des notions de fond très précises et très complexes, qui ne pourraient être exprimées aussi complètement qu'avec un labeur bien plus considérable. La fiction est l'algèbre dn Droit et de plus une algèbre pittoresque. Il y a autant de substance en ces cinq mots: « Le mort saisit le vif » que dans une formule algébrique et les conclusions que l'on en peut tirer sont multiples. Les Talmudistes, sur le seul principe « la bouche qui a lié, la même bouche peut délier», érigent une théorie de la preuve aussi subtile qu'heureuse. Et certains jurisconsultes musulmans avec « un âne dirigeant une chamelle vagabonde » expliquent la notion d'« acte licite » et d' « acte illicite » d'une façon plus satisfaisante et mille fois plus claire que n'importe quel jurisconsulte européen.

Enfin il est très fréquent que la fiction, précisément parce qu'elle fausse la réalité, soit d'une exactitude subjective rigoureuse, beaucoup plus rigoureuse qu'aucune autre forme d'expression de la pensée. C'est un sentiment essentiellement humain de se refuser à croire les événements douloureux et d'inventer des événements heureux. Ce que veut parfois le législateur, c'est précisément effacer, autant que possible, les réalités malheureuses ou évoquer les ombres des réalités heureuses qui n'ont pu se produire. Ainsi pour l'orgueil romain, l'idée d'un citoyen romain fait prisonuier par l'ennemi et réduit en esclavage est trop dure. De ce fait, on se refuse à en admettre l'existence. Si le citoyen est mort esclave, on le dit mort à la guerre et tué sur le champ de bataille ; s'il récupère la liberté, il sera censé être toujours resté dans sa maison. à la tête de sa famille et de ses affaires.

Un même désir d'effacer la réalité d'un événement malheureux explique les origines de la représentation successorale. La mort d'un père avant le temps normal, avant qu'il ait pu recueillir sa part des biens héréditaires, laissera ses enfants dans la plus fâcheuse situation. La loi ressuscite l'ombre du mort — *mortui præsens imago* — et tout se passera comme s'il vivait encore et pouvait venir lui même retirer sa part.

Des milliers d'exemples pris dans toutes les législations pourraient illustrer cette thèse. La fiction tout en étant un un instrument subtil de technique juridique est aussi nettement l'expression d'un désir inhérent à la nature humaine : effacer les réalités douloureuses, évoquer les bonheurs imaginaires.

II. — *Fonction historique de la fiction.* — Supposons que, pour nous donner l'allure d'hommes plus positifs et plus raisonnables, nous nous proposions de ne plus employer dans notre langage aucune métaphore et d'en abandonner l'usage exclusif aux poètes et aux littérateurs. A moins de retourner à l'état d'enfance — et encore ! — nous n'en serions pas moins obligés d'employer un langage fait en grande partie de métaphores, car chaque terme abstrait vient d'un ou de plusieurs termes concrets. Quand nous voulons mieux en préciser le sens, nous nous reportons à cette origine métaphorique et le vieux mot fatigué par l'usage en ressort plus vivant.

Or, la fiction a joué dans le Droit nn rôle rigoureusement identique à celui de la métaphore dans le langage. Un monde de fictions a créé les notions juridiques qui nous paraissent les plus positives et les plus familières. Les Droits les plus richement imagés à leur origine sont aujourd'hui les plus riches en conceptions précises et savantes, et c'est en passant de fictions en fictions qu'elles ont réalisé leurs plus importants progrès. S'il fallait illustrer cette vérité de tous les exemples qu'en offre l'histoire, de gros volumes n'épuiseraient certainement pas la matière. Les notions les plus essentielles, les plus anciennes sont presque toutes, pour ne pas dire toutes, fictives. Le mariage est une vente et un achat fictif, la puis-

sance paternelle est une puissance dominicale fictive, l'adoption est une paternité fictive. le testament, du moins parfois, est à certains égards une adoption fictive, la légitimation suppose fictivement un mariage qui n'a jamais existé, etc... Il ne serait donc pas inexact de prétendre que notre réel n'est que du fictif différencié et, qu'au fond, tout le Droit se réduit à une série de fictions amoncelées les unes sur les autres, en couches successives.

Tiraquellus, l'élégant et ingénieux juriste des débuts du du XVIe siècle, a posé une espèce intéressante qui fut longtemps controversée dans les écoles. C'est la question 34 de son *De jure primigenitorum*. Le propriétaire d'un immeuble grevé de fideicommis et qui doit se transmettre de mâle en mâle et par rang de primogéniture a un fils d'une concubine· Il se marie ensuite avec une autre femme de bonnes mœurs, dont il a aussi un ou plusieurs fils. La femme légitime étant morte, il épouse son ancienne concubine et fait acquérir par ce fait à son bâtard le bénéfice de la légitimation. Quel sera le *primogenitus*, le *primum natus* qui succédera à l'immeuble en question ?

Il n'y a dans ce problème qu'un fait physique réel et certain: la naissance du bâtard avant le légitime. Les deux rapports de paternité sont des présomptions ; mais la paternité légitime est plus fictive que la paternité naturelle puisqu'elle repose sur une présomption *juris et de jure*. Le mariage étant une simple formalité légale. dépend purement et simplement de la volonté de la loi et n'a d'autres effets que ceux qui résultent de l'ensemble de la législation. Enfin la légitimation par mariage subséquent, qui fait considérer le bâtard comme légitime dès sa naissance, est une fiction, mais une fiction qui contredit non un fait physique, mais une disposition légale. Le conflit ne dépend donc pas de la nature réelle ou fictive des institutions, mais de la portée que le législateur a voulu leur donner. Beaucoup d'anciens auteurs considéraient que la fiction « rétroactivité de la légitimation » devait céder devant le mariage et la paternité qu'ils considéraient comme des faits

réels, tandis que l'élément fictif est à peu près égal pour les uns comme pour les autres.

Cela prouve que les très vieilles fictions ne sont plus considérées comme telles. Toutes nos institutions ont un caractère fictif originaire; si l'on voulait dépouiller le Droit de toute la fiction dans le passé comme dans le présent, il n'y resterait pas grand'chose. Tel est un premier élément de sa fonction historique.

A propos du Droit romain, Savigny a mis en évidence un autre élément de cette fonction historique. « S'il naît une forme juridique nouvelle, elle est aussitôt rattachée à une forme antérieure et elle participe ainsi à sa perfection et à son développement. » Ainsi le prêteur romain a réalisé de nombreuses et importantes réformes d'une façon extrêmement simple et sans toucher aux principes anciens. Dans ses actions fictives, il suppose qu'un pérégrin a la qualité de citoyen, qu'une possession a duré plus longtemps qu'elle n'a duré réellement... etc... Ainsi la propriété pérégrine ou l'*in bonis* va prendre les contours de la propriété romaine sans qu'il soit besoin d'un travail législatif quelconque.

Justinien, lui-même, qui se déclare souvent l'ennemi des fictions, a trouvé parfois le procédé fort commode, pour réaliser des réformes parfois des plus importantes. La restitution de la dot à la femme à la dissolution du mariage se faisait avant lui d'une certaine manière, lorsqu'il y avait eu au moment de la remise stipulation solennelle et d'une autre manière, lorsqu'il n'y avait pas eu de stipulation. Justinien préférant, dans ses grandes lignes, le premier procédé au second se borne à déclarer par fiction : toute femme sera toujours censée avoir stipulé. Il aurait pu tout aussi bien indiquer en détail le nouveau procédé légal de liquidation en écartant la forme fictive. Cela aurait été vraisemblablement plus pénible pour le rédacteur de la loi et peut-être aussi pour les interprêtes ; mais le fond du Droit en ce qui concerne la situation des femmes eût été absolument identique. C'est ce que beaucoup d'auteurs n'ont pas su voir : « *Hic est magnum privilegium dotis ut uxor im-*

pune possit mentiri et dicere : Tu maritus; promisistimihi per solemnem stipulationem restituere dotem et tamen non est verum », dit entre autres un vieux jurisconsulte, voyant un privilège pour la femme dans ce qui n'est qu'une licence de forme prise par un législateur.

La fiction par laquelle on considère comme ayant été réalisées, des formalités qui ne l'ont pas été en fait est de tous les temps et de tous les pays. Est-il besoin d'indiquer que c'est par cette voie que les formalités relatives à la vente ont disparu de l'ancien Droit français pour faire place au principe que la vente se réalise par le seul consentement des parties?

III. — *Valeur logique de la fiction doctrinale.* — Pour faciliter la solution d'un problème mathématique, on introduit bien souvent dans le calcul des données qui lui sont totalement étrangères et cela même dans les opérations d'artihmétique les plus simples. Si je veux diviser 4500 par 500, je puis commencer à les réduire à 45 et 5, en les divisant pâr 100. Or le chiffre 100 était étranger au problème tel qu'il avait été posé. Pour la solution des équations algébriques, on fait, à tout instant, intervenir des quantités quelconques, qui multipliant ou divisant les deux membres sont de nature à les simplifier sans en changer la valeur. En géométrie, chacun construit à sa fantaisie sur la figure, dont certains éléments sont à calculer, autant que l'on veut de figures accessoires. qui sont souvent nécessaires à la solution du problème. Il s'agit, il est vrai, de ne jamais perdre de vue ce qui est vrai par donnée, par hypothèse, par construction, de ce qui est vrai par démonstra tion. Les fictions juridiques sont de nature absolument identiques. Elles ne sauraient fausser un raisonnement tant que l'on n'oublie pas ce qu'elles ont de relatif, tant que l'on peut calculer ce en quoi elles représentent des dispositions réelles, ce en quoi, elles sont imaginaires. Et ce n'est jamais bien difficile.

Incapable de tracer un cercle, je puis être beaucoup plus capable de démontrer un théorème sur le cercle et d'en faire connaître les propriétés, qu'un individu qui à l'aide d'un com-

pas, tracera une figure incomparablement plus régulière, mais ignorera tous les éléments de la géométrie. Avec un dessin difforme et partant absolument fictif, on peut établir un raisonnement géométrique absolument irréprochable, tandis que sur une figure irréprochable, on peut baser des calculs absolument faux. Le géomètre sait très bien que les rayons d'un cercle mal dessiné, égaux par fiction, sont fort inégaux en réalité, et cela ne l'entrave pas dans ses calculs.

Est-il vrai que le juriste soit d'une intellectualité si rudimentaire qu'il ne puisse pas faire la même opération intellectuelle ? S'il se trouvait un juriste pour qui, il fut difficile de saisir la portée exacte des fictions et incapable de comprendre ce que l'artifice peut légitimement donner et ce qu'il ne peut pas donner, il ferait bien de renoncer au Droit, comme à toute science abstraite. Mais, parmi ceux qui ont maudit la fiction, il n'en est aucun qui ne fut capable de la comprendre et d'en tirer tous les bénéfices voulus et légitimes.

Bien entendu, une fiction n'est qu'une construction juridique comme une autre. Elle représente tant bien que mal le Droit, elle n'a aucun titre à le créer. En vouloir tirer des déductions logiques et rigoureuses est un non sens. Si elle est très bonne, elles dessinera à merveille les dispositions concrètes de la loi ; si elle est mauvaise, elle les dessinera très grossièrement et il faudra la compléter d'un grand nombre d'exceptions afin de lui donner sa juste valeur. Dans un cas comme dans l'autre c'est à chacun à savoir s'il croit utile ou inutile de s'en servir. Ce qu'il faut éviter en tous cas, c'est de croire qu'une construction fictive s'oppose à une construction réelle. Toute construction juridique est une simple question de forme partant arbitraire et artificielle. Le fictif est une forme imagée qui peut avoir ses inconvénients ou ses avantages, mais logiquement absolument identique à toute autre forme. Toute fiction doctrinale peut se résoudre en une série de dispositions concrètes dont elle n'est que le vêtement.

IV. — *Le Kobold de la Fiction.* — Il semble bien que telle ait été, à peu près, l'opinion des grands jurisconsultes de l'épo-

que classique romaine. Pris entre les praticiens, qui ont toujours la tendance à exagérer la portée des fictions et les philosophes littérateurs ou autres laïques qui les méconnaissent et les ridiculisent, les jurisconsultes surent maintenir l'équilibre. Tout en maniant avec habileté et élégance un monde de fictions, il n'en ont jamais été les esclaves. Ils ont échappé presque toujours au danger d'être les dupes de la forme et n'ont affiché contre le procédé positif ni sympathie, ni antipathie particulière.

D'ailleurs, il est très vraisemblable que n'ayant pas tous les mêmes tendances intellectuelles, si on leur eut demandé ce qu'ils pensaient des fictions juridiques, ils eussent donné des réponses assez différentes. Papinianus semble être le seul à nous avoir indiqué — très vaguement du reste — son opinion à cet égard. Comme les quelques mots qui l'expriment ont été bien souvent invoqués dans les anciennes jurisprudences romanistes, il est peut-être utile de les mentionner. C'est au fragment 23, XXVIII, 21, que nous voyons opposer pour la première fois — croyons-nous — la « *veritas* » à l'« *imago naturæ.* » Un fils a été émancipé par son père ; il est ensuite adrogé par lui, de telle sorte que l'on pourrait logiquement considérer qu'il n'en est plus le fils naturel, mais le fils adoptif. Papinianus se prononce en sens contraire : on ne peut jamais être le fils adoptif de son vrai père, on en reste toujours le fils naturel, car l'image ne doit pas obscurcir de son ombre le réel ; la paternité fictive créée par l'adrogation ne doit pas supplanter la paternité naturelle, fait réel. « *Nam in omni* fere *jure, sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius* numquam *intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur (obumbretur).* » L'opposition du *fere* et du *numquam* montre que le jurisconsulte n'attachait pas une importance extraordinaire à son principe. Mais une fois détachée de sa base et peut-être aussi légèrement corrompue dans un de ses termes, la maxime « *ne imagine naturæ veritas adumbretur* » a connu un succès qu'elle n'ambitionnait pas à son origiue.

Le Kobold de la fiction et les jurisconsultes classiques

romains ont fait, somme toute, bon ménage. Il n'en a pas été de même dans la législation justinienne. Le kobold et le législateur sont souvent en guerre et tantôt le législateur chasse le kobold, tantôt le kobold s'impose au législateur. Si nous supposons qu'un seul et même juriste ait rédigé, les nombreuses lois que nous plaçons sous le nom de Justinien, ce juriste serait parfaitement incohérent dans ses idées sur le rôle et la valeur de la fiction ; ce qui d'ailleurs est fort possible. Il est toutefois plus vraisemblable que les textes impériaux ont été rédigés par des juristes différents en conflit sur ce point particulier de la logique juridique. Le ton agressif de certains textes laissent supposer qu'il s'agit bien plus de controverse entre vivants que de récriminations contre des morts.

Sans vouloir pousser à fond cette étude, il nous suffira de rapprocher trois textes du code de Justinien qui laissent entrevoir le désaccord dans les idées du monde juridique byzantin.

Celui qui a écrit la constitution 30, V, 12, est un adversaire déclaré de la fiction ; par elle, la vérité est obscurcie et rendue confuse — *rei veritas deleta et confusa est.* — Il a des idées assez semblables à celles de nos réalistes actuels. Le juriste qui a combiné la réforme du titre 13. V, sur la procédure en matière de restitution de dot est sûrement d'un autre avis. Car ayant le choix entre trois procédés (énumération concrète de l'institution nouvelle, maintien de l'*actio rei uxoriæ* avec modification, création d'une stipulation fictive) pour aboutir au même résultat, c'est la forme fictive qui lui a semblé la meilleure. Toutefois certains scrupules lui restent sur la conscience et il se demande s'il a vraiment le pouvoir de supposer une stipulation valable à la place d'une stipulation nulle. Enfin le rédacteur de la constitution 2, IV, 18 procède en sens inverse par description concrète de la nouvelle disposition. Il veut toutefois satisfaire les partisans de la méthode fictive, bien qu'il la trouve déraisonnable, et termine, par l'énonciation de la fiction « *omnes res veniant in constitutam,*

tanquam si fuisset ipsa pecunia constituta » qui aurait pu le dispenser de tout ce qu'il a écrit précédemment. Ce passage comme le précédent nous montre le rédacteur de la loi soucieux d'éviter le blâme des jurisconsultes d'école. Nous pouvons aussi en conclure que ces jurisconsultes avaient des façons diverses de raisonner.

Au moyen âge la fiction ne pouvait que gagner en prestige. On la reconnaît officiellement dans la logique des romanistes et des canonistes. Un théologien a remarqué que les fictions contenues dans la Bible ou dans les textes juridiques concordent exactement avec les dix « predicamenta » ou « catégories » d'Aristote. Ayant ainsi pour elle les trois autorités les plus respectées, la Bible, Aristote et Justinien, la fiction ne pouvait être condamnée. Elle fut toutefois accueillie sans grand enthousiasme et on lui imposa des restrictions parfaitement injustifiées d'ailleurs. Les deux plus importantes ont suivi à travers les siècles la doctrine des romanistes et on pourrait en trouver des traces dans des œuvres récentes :

« *Duæ fictiones circa idem non concurrunt.* »

« *Non est fictio super impossibile de natura.* »

Ni Bartole, ni Cujas ne furent l'ennemi des fictions. Bartole en traite longuement, la justifie presque toujours, mais ses interminables distinctions sont plus subtiles que logiques. Cujas la juge mieux en lui consacrant beaucoup moins d'attention. En matière de vente on transmet la propriété sans formalité en supposant des traditions solennelles que l'on se dispense de faire, pourquoi n'en serait-il pas de même en matière de donation. « *Et ut ficticias traditiones in aliis receptas, etiam in donationibus admittam, monet ratio l. ult. C. Th. de donat. quod solemnitates juris contrahere potius quam propagare debemus et tamen alio jure utimur.* » Cujas ne semble nullement impressionné par la crainte de donner de l'extension à une fiction juridique.

Heineccius au XVIIIe siècle inaugura la phobie antifictionniste; le XIXe siècle en souffrit sérieusement. Le mal s'en fait toujours encore sentir aujourd'hui. Il serait plus divertissant

qu'utile de parcourir la littérature qui est sortie de cette mentalité ! Nous nous permettrons un seul exemple pour terminer notre paragraphe.

Que n'a-t-on pas inventé pour expliquer la notion de personnalité morale sans avoir recours à une fiction. Un éminent jurisconsulte a cru trouver une solution *réelle*. « Il ne faut pas considérer les personnes morales comme des êtres fictifs — dit-il — ; la loi les forme avec des hommes, qu'elle dépouille d'une partie de leur personnalité juridique pour en revêtir l'association dans laquelle ils se confondent. »

Une loi qui prend des hommes, les dépouille de leur personnalité et en revêt une association, voilà des notions réelles ! Où diantre pratique-t-on cette chirurgie-là ?

§ 4. — **Fiction judiciaire.** — Les discussions sur la fiction doctrinale prêtent à rire et non à pleurer. Que des esprits même parmi les plus éminents confondent le fond et la forme ; qu'ils fassent des tours d'acrobatie pour éviter une forme qui ne leur plaît pas, à cela il n'y a pas grand mal. Le seul respect de la logique nous commande de les combattre. Bien autrement triste, serait le chapitre de la fiction judiciaire si nous avions le talent et le temps de le développer comme il conviendrait. La fiction judiciaire réduit dans une proportion incalculable la valeur morale du Droit appliqué. Les hommes sincères et honnêtes qui à cause d'elle ont maudit tribunaux et science juridique formeraient des légions. Et le pire est qu'on ne peut adresser de ce chef aucun reproche à personne. Les fictions judiciaires sont faites pour assurer la marche régulière et imposante de la justice pratique. Et grâce à elle, la jurisprudence peut conserver une attitude digne et respectable. Cela coûte quelquefois cher à la justice abstraite, à l'honnêteté, ä la bonne foi ; mais il n'y a pas moyen de faire autrement. Les fictions judiciaires révèlent l'infirmité éternelle du Droit.

Du Droit ? Est-ce le seul Droit qu'il faille ici mettre en cause ? Quand on fait à la fois du Droit et de l'Histoire, on sait que les jugements de l'Histoire ne valent pas mieux que

ceux du Droit. Les mêmes procédés artificiels et grossiers pour prendre contact avec la réalité se retrouvent en l'un et en l'autre, dissimulés ici, avoués là, partout identiques.

Pour comprendre, l'homme a besoin de stabilité intellectuelle et la stabilité ne peut s'obtenir qu'au détriment de la vérité. La vérité est en oscillation perpétuelle ; sa mobilité, sa variété est déconcertante. Nous ne pouvons la saisir sans la fausser. C'est à l'aide de préjugés — c'est-à-dire de fictions — que nous apprécions le passé et le présent attribuant, à tel ou tel groupe d'êtres humains des qualités ou des défauts qu'ils ne possèdent souvent en aucun degré.

Pour appliquer la loi au fait; le juge doit constater le fait.

Il doit constater des faits matériels, souvent difficiles à établir et des faits psychologiques dont la recherche est à peu près impossible. N'eut-il qu'un procès à juger dans tout le cours de son existence, il n'est pas certain que l'homme le plus perspicace put avoir une connaissance parfaite de tous les éléments de fait qu'il doit apprécier. Mais, vu le nombre d'affaires qui lui passent sous les yeux, le juge le plus consciencieux ne peut avoir qu'une connaissance extrêmement vague de chacune d'elles. Il ne peut s'en tirer qu'au moyen de fictions.

I. — *La fiction dans la preuve directe.* — Même lorsqu'il prend le contact le plus direct avec la réalité, le juge raisonne par fiction. Il connaît certains types humains, certains faits économiques et sociaux. Il se fait par ses fréquentations et ses lectures un monde artificiel dont on ne peut le sortir. Aussi le premier travail de l'avocat est d'adapter les faits à la conception schématique dont le magistrat dispose et qui peut seule lui permettre d'avoir une idée de la réalité.

D'ailleurs depuis le début du XIXe siècle, le législateur semble avoir renoncé à s'occuper sérieusement de la réalité des faits, surtout en matière civile. L'organisation judiciaire, la théorie des preuves, la procédure de tous les peuples modernes semblent conseiller au juge de faire semblant de s'intéresser à la recherche de la vérité mais de ne s'en soucier

au fond que très médiocrement. Prenons la législation française : la Cour de cassation ne doit juger que les questions de Droit. Elle se débarrasse tant qu'elle peut de tous les procès qu'on lui soumet, pour peu qu'elle puisse affirmer qu'il y a une question de fait en jeu. La souveraineté des juges du fait est son échappatoire favori. Le juge souverain forme sa conviction comme il lui plaît, peut se déclarer convaincu sans dire pourquoi. Il peut négliger les témoignages entendus, interpréter à rebours les écrits, — ce qui peut lui arriver même de très bonne foi — sa décision reste souveraine. Ce souverain peut être tout aussi bien un juge de paix. Voilà pour l'organisation judiciaire.

La théorie de la preuve du Code civil français est extrêmement raide et formaliste. La preuve par témoins y est exclue autant que possible. Les entraves mises à la manifestation de la vérité sont nombreuses et souvent dissimulées. Dira-t-on que le législateur a voulu favoriser la preuve par écrit plus sûre et moins dangereuse ? C'est juste ; mais il faut songer que le plus souvent, celui qui est le plus en règle au point de vue de l'écrit est aussi celui qui a prévu le procès et tendu un piège à son adversaire.

Enfin la procédure de l'enquête est éminemment critiquable. Elle se prête à toutes les supercheries par son organisation grossière.

Si l'on trouve mon jugement sévère, que l'on se reporte au *Style de la Chambre des Enquêtes* du Parlement de Paris, tel qu'on l'appliquait au XIV siècle et qu'on fasse la comparaison avec n'importe quelle procédure moderne. L'intelligente minutie que l'on apportait autrefois à la recherche de la vérité fait un frappant contraste avec la désinvolture actuelle.

Dira-t-on que l'expérience a condamné les vieilles procédures, longues, coûteuses et de nature à développer les faux témoignages ; que nos pratiques modernes sont plus satisfaisantes à tous égards en ne cherchant la vérité que dans les limites où elle est relativement facile à atteindre. Ce n'est pas mon opinion ; mais peu importe. Je n'ai ici l'intention de

critiquer aucun homme, ni aucune institution. Mon seul désir est de mettre en pleine évidence le caractère purement fictif des décisions touchant les « questions de fait » même dans les cas où le juge a toute liberté pour en essayer la preuve directe.

II. — *Les Présomptions.* — Le législateur s'est si bien rendu compte de la situation pénible dans laquelle se trouvait le juge du fait, que pour lui éviter tout remords, il entre bien souvent lui-même dans la voie de la fiction et couvre de son autorité un procédé logiquement contestable. C'est la raison d'être des présomptions légales.

On discute depuis des siècles la question de savoir si les présomptions légales sont des fictions. Et depuis Baldus et Jason, la plupart des auteurs répondent par la négative. La fiction, font-ils remarquer, invente de toute pièce un fait que l'on sait être faux ; la présomption s'emploie à trancher des questions douteuses.

Ces deux notions — il faut le reconnaître — ne se confondent pas l'une dans l'autre, ce qui autorise à donner un nom spécial à chacune d'elles. Chacun reste maître de sa terminologie ; évitons les querelles de mots. L'essentiel est de savoir en quoi la fiction et la présomption se ressemblent et diffèrent.

La présomption ne pose pas comme vrai un fait que l'on sait être faux. Le fait présumé est un fait possible, parfois même très probable, ce n'est donc pas un fait fictif. Mais la présomption attribue à une possibilité donnée un degré de certitude auquel elle n'a normalement pas droit. Elle donne sciemment à une preuve insuffisante la valeur d'une preuve suffisante. Donc pour le fragment de preuve plus ou moins important qu'elle ajoute aux preuves réelles, elle fait une œuvre d'imagination identique à celle de la fiction. Il y a création de quelque chose de faux reconnu et présenté comme faux.

Et ceci s'applique à toute espèce de présomptions légales, qu'on puisse la combattre par la preuve contraire ou qu'on ne le puisse pas. Dans la présomption *juris tantum* se trouvent souvent très accentuées les caractéristiques de l'élément fictif.

Prenons la responsabilité des locataires en cas d'incendie. Un feu éclate dans une maison louée par cinq locataires; on ne sait où le feu a commencé. L'article 1734 du Code civil français déclare que chaque locataire sera tenu pour sa part. Il est peu probable pour ne pas dire impossible que le feu ait commencé dans les cinq appartements à la fois. On substitue à cinq possibilités différentes, entre lesquelles on ne peut se prononcer, un fait fictif qui peut seul permettre de donner une solution à l'affaire. Chacun conserve le droit d'attaquer le fait fictif par certains moyens de preuve, mais si on ne le peut pas, c'est la fiction qui dictera la solution.

Dans les présomptions *juris et de jure,* les éléments fictifs sont plus puissants puisqu'ils ne peuvent être combattus. L'existence ou la non existence de l'élément présumé devient indifférente. Donc la « non existence » équivaut à l' « existence » comme dans toute fiction. Le fait que la « non-existence » n'est pas certaine peut être relevé, mais ne change guère la nature du raisonnement. Car c'est ce rapport d'égalité établi entre le vrai et le faux qui donne à la fiction son caractère spécial.

Reprenons l'exemple de la fiction justinienne sur la stipulation que la femme est censée avoir fait pour régler la restitution de sa dot à la dissolution du mariage. Qu'il y ait eu stipulation ou qu'il n'y en ait pas eu, le procédé de liquidation sera le même et Justinien nous l'indique en détail. Trois cas peuvent évidemment se présenter : existence d'une stipulation, doute, certitude de non-existence. L'assimilation de ces trois hypothèses constitue par elle-même la fiction. Zasius en voulant établir la distinction entre présomption et fiction ne fait que mieux établir leur identité de nature.

« Hinc subjicit hic Zasius actionem ex stipulatu pro dote, triplici genere agendi institui, nam I. Si stipulatio vere intercessit, recte et ex vera stipulatione agitur. Si vero dubium est, an intervenerit, tunc II. agitur ex præsumptiva stipulatione: quia jus præsumit stipulationem intervenisse. Est que præsumptio juris et de jure, contra quam non admittitur proba-

tio in contrarium. Et III. si certum est stipulationem non intervenisse, tunc agitur ex ficta stipulatione, cum jus fingat stipulationem interpositam, quæ numquam intervenit. » rapporté par Schneidewinus, *in Quatuor Institutionum*, édit. 1626, col. 1726.21.

§ 5. — Conclusion : Rôle et valeur du rationnel juridique. — L'intellectualité rationnelle est très riche dans le Droit. Analyse, brocard, définition, analogie, construction, fiction ne l'épuisent pas et l'on pourrait facilement ajouter beaucoup à ce que nous avons dit en étendue et en profondeur. Pourtant il faut convenir que ces divers procédés forment une bonne part de la technique juridique et d'après eux on peut juger de son ensemble.

Ils présentent tous les caractères de la raison. Ils sont toujours justifiés, souvent ingénieux et subtils. Ils dénotent une activité cérébrale puissante et scrupuleuse. La pensée juridique a droit au respect et à l'admiration. On ne saurait trop essayer d'en pénétrer la complexité et la variété. A mon avis, les grands jurisconsultes sont intellectuellement les égaux des plus grands penseurs de n'importe quelle discipline.

Pourtant les expressions de « *science* juridique », « Droit *scientifique,* » etc... me causent toujours un certain malaise, à moins, bien entendu, qu'on emploie ces expressions pour la commodité du langage et sans prétention aucune. Car le Droit n'est que de la raison ; et la raison n'est pas toujours de la science. Le Droit est une vie intellectuelle et la vie de l'homme le plus raisonnable n'est pas déterminée par une suite de décisions rigoureuses et scientifiques.

En d'autres termes, aucun des procédés que nous avons étudiés ne s'impose nécessairement dans une hypothèse juridique quelconque et aucun d'eux ne peut aboutir nécessairement à une solution unique et strictement déterminée.

Cela justifie me semble-t-il le terme d' « intellectuel rationnel et non logique » que j'applique à l'une des forces les plus efficaces qui ait contribué au développement du Droit.

LITTÉRATURE SUR L'ANALOGIE, LA CONSTRUCTION, LA FICTION

Aubry et Rau. *Cours de Droit civil français I.* p. 132. « Il ne faut pas confondre, comme on le fait si souvent, l'interprétation de la loi avec l'application des principes posés par une loi à des matières ou à des questions qu'elle n'a pas prévues. Les principaux raisonnements à l'aide desquels se fait cette application sont :

1° Celui de l'analogie. Les règles que la loi n'a établies que pour une matière déterminée ou une situation donnée sont applicables aux matières et situations analogues, pourvu qu'il s'agisse de dispositions qui ne soient pas contraires au droit commun. *Ubi eadem est legis ratio, ibi eadem est legis dispositio.* Si la disposition est exceptionnelle de sa nature, elle doit être restreinte au cas pour lequel elle est établie. *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis...* »

Demolombe. *Traité des donations entre vifs et des testaments.* T. VI. n° 289-290. « Mais le donateur pourrait-il au contraire exclure les époux et ne donner qu'aux enfants à naître?

Certainement non ! et une telle disposition serait nulle, soit d'après le texte de l'art 1082, qui autorise seulement à donner les biens à venir *tant aux époux qu'aux enfants* ; soit d'après les principes qui ne sauraient admettre qu'une donation soit faite, *omisso medio et per saltum* exclusivement à des enfants qui ne sont pas conçus.

L'art. 1082, en tant qu'il autorise une telle donation, constitue une dérogation exorbitante à un principe fondamental ; dérogation qui doit être rigoureusement renfermée dans les termes mêmes de la loi.

Voilà pourquoi le donateur ne pourrait pas non plus, suivant nous, donner seulement à quelques-uns des enfants à naître en excluant les autres.

Pas plus qu'il ne pourrait même en les comprenant tous dans sa donation, leur assigner des parts inégales ».

Geny. *Science et Technique.* 1914. p. 157. « Ainsi nous retrouvons toujours sous cette expression souple d'analogie, le passage du même au même, ou la conclusion du semblable au semblable, à la base des procédés intellectuels, qui contribuent à l'élaboration juridique. Appelé à fixer des règles pour trancher les conflits d'intérêts qui divisent les hommes, le jurisconsulte procède par une identification ou une assimiliation (bref une subsumption), logi-

ques, constantes, que lui permet, seul, un habile maniement des concepts. C'est la mise en œuvre dans le domaine du droit de ce « sens de l'identité » dont on a pu dire qu'il était l'ossature de la pensée. Mieux encore, c'est appliqué à la recherche et à la réalisation du « juste objectif », l'effet de cette aspiration à l'unité, qui caractérise tout effort humain vers la pénétration et la domination des choses. »

P. 180. « Dès qu'on sort d'une simplicité, au moins relative, qui permette d'isoler les événements des phénomènes, pour rattacher chaque effet à une cause précise, on ne peut plus raisonner que du semblable ou semblable ; ce qui est le domaine propre de l'analogie. Et, c'est au fond ce mode de raisonnement, assurément riche en résultats, mais de valeur bien incertaine, qui domine dans les sciences sociales, et, par suite, dans toute la partie, à la fois réaliste et critique,du droit. »

Meynial. *Du rôle de la logique*. p. 12. « La logique fournit à l'interprète deux instruments opposés : l'argument d'analogie qui pousse à étendre l'application d'une disposition légale, et l'argument *a contrario*, qui tend à la restreindre. On choisit l'un ou l'autre selon qu'on considère la règle de la loi comme de droit commun, c'est-à-dire comme conforme au sentiment général, à la morale commune, ou qu'on la juge exceptionnelle, c'est-à-dire opposée pour des raisons particulières à ce sentiment commun. Or de décider si la règle est de droit commun ou d'exception, ne voyez-vous pas que ce n'est plus du domaine de la déduction toute pure ? et que la solution variera suivant le progrès accompli par les mœurs et le sentiment commun. »

Windscheid. *Lehrbuch des Pandektenrechts*. I. §. 29. « Regelgemäss ist dasjenige Recht, welches den im Rechte anerkannten Principien gemäss ist; dadurch, dass das Recht aus besonderen Gründen sich mit diesen Principien in Widerspruch setzt, entsteht regelwidriges Recht. Von dem regelwidrigen Rechte heisst es in den Quellen, dass es nicht ausgedehnt werden dürfe. Das will sagen, dass es nicht weiter ausgedehnt werden dürfe, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht ; der Satz sagt also nichts, was sich nicht von selbst versteht. »

Note. « Man ist darüber einverstanden, dass der Sinn des Satzes nicht sei, dass bei dem *jus singulare* die ausdehnende Auslegung im engeren Sinne ausgeschlossen sei ; man wird aber noch weiter gehen und auch die ausdehnende Auslegung im weiteren Sinne (Analogie) zulassen müssen. Sonst würde man dieselbe überhaupt in Frage stellen ; denn jeder neu auftretende Rechtssatz stellt sich gegenüber den vorhandenen Rechtsregeln als regelwidriges Recht dar. Das S. C. Velleianum begründet gewiss *jus singulare ;* und wie ist es ausgedehnt worden. »

Grande Glose. Gl. *Sed hic.* in l. 2 § *exercitium. De his qui notantur infamia.* (fr. 2, § 2. III. p. 2).

« Nota hic mirabile : quia odium ampliatur. Nam hic non remittitur ab exercitu qui a numero militum minori remittitur : et tamen est infamis. »

Stephanus Daoys Pampilonensis. — *Index et summa juris civilis.* v. *Odium.* « Odium quandoque restringitur sed ampliatur favore publicæ utilitatis. ut glos. *Sed hic.* »

Summa Codicis des Irnerius (Summa Trecensis.) ed. Fitting l. IV. tit. 31. « Subventum est filius familias accipientibus pecuniam mutuam per senatus consultum Macedonianum, et hoc odio creditorum. nunc rationabiliter mulieribus intercedentibus vel alienam obligationem in se suscipientibus per senatus consultum Vellianum subveniendum est, et hoc earum favore. »

Cicero. *Ad Herennium.* II § 18. « In *causa rationali,* primum quæretur, ecquid in rebus majoribus et minoribus aut similibus similiter scriptum aut judicatum sit. Deinde utrum ea res similis sit ei rei, de qua agitur, an dissimilis. Deinde utrum consulto de ea rescriptum non sit, quod noluerit cavere, en quod satis cantum putarit, propter ceterorum scriptorum similit udinem. »

Barbeyrac sur Pufendorf. *Le Droit de la nature et des gens.*

Liv. V. c. XII. § 12. n° 2. « Cette distinction des choses *favorables* ou *odieuses*, est également incertaine et inutile. Les définitions que *Grotius* et notre auteur donnent de l'*Odieux* et du *Favorable*, n'ont aucun fondement : car les promesses et les conventions aussi bien que les Privilèges roulant sur des choses permises et innocentes, comme on le doit supposer ici, sont toutes indifférentes de leur nature, et par conséquent. il ne faut ni les étendre ni les resserrer, qu'autant que le demande l'intention de leur auteur. Il y a même dans ces définitions quelque chose de contradictoire. Car on dit, par exemple, que ce qui tend à l'utilité publique est favorable, et que ce qui renferme quelque peine est odieux, or on sait que l'infliction des peines tend à l'utilité publique. Ce n'est pas qu'il n'y ait des causes favorables ou odieuses, mais ce qu'elles ont de favorable ou d'odieux ne vient pas de la nature même de la chose ; il dépend uniquement de l'intention ou du Législateur, ou des Contractants, ou du Testateur. »

Condomine. *Esssai sur la théorie juridique.* 1912. p. 114. « Le raisonnement par analogie est celui qui représente le plus de valeur, en ce sens qu'il est aisément maniable et prêt à toutes les

besognes. On en peut tirer avec une suffisante apparence de bien-fondé, les déductions les plus inattendues, et, grâce à lui, d'un geste retourner le Droit. On peut aussi, par une observation attentive, en discuter tous les résultats comme manquant de certitude logique. En définitive, suivant une expression vulgaire mais expressive, il est bon à tout et n'est propre à rien. »

Spassoiewitch. *Analogie et interprétation.* p. 123 et suivantes. « Au lieu de trouver un principe qui embrasse toutes les espèces de raisonnement par ressemblance, nous sommes obligés de reconnaître qu'il y deux sortes d'analogie, qui sont l'opposé l'une de l'autre... »

P. 126. « Employée sous son premier aspect, elle est, sans aucun doute, très utile pendant un certain temps après la codification, ou tout de suite après l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi. Comme on est encore dans cette atmosphère qui entoure l'établissement de la loi, la plupart du temps une conséquence directe suffit pour remplir les vides. »

P. 128. « Plus le cas pratique se rattache à la vie sociale, moins l'analogie a de force. Ce sont des hypothèses si importantes que l'analogie est bien loin de nous fournir un critère objectif. Dans ces hypothèses, nous pouvons considérer une analogie comme justifiée seulement autant que les intérêts sont parvenus à une certaine maturité pour leur accorder protection. »

Geny. *Science et technique I.* p. 158. « On a souvent fait abus de cette dernière expression (*constructions juridiques*), dont il ne semble pas que la signification soit encore indubitablement fixée. Toutefois, d'après l'acception du mot qui paraît la plus exacte, on peut dire que la construction juridique se présente comme un effort de la pensée, mise en face des matériaux épars et isolés, qu'offrent les règles juridiques reconnues, soit par un acte formel de l'autorité, soit par la vertu d'une recherche indépendante, pour au moyen d'un emploi sagace et d'un adroit agencement de concepts, mots, définitions, classifications, raisonnements, ériger un ensemble complet, qui fixe l'institution à déterminer en termes logiques, permettant d'en harmoniser les règles entre elles et avec celles des institutions voisines. »

Geny. *Science et technique I.* p. 118. « C'est ainsi que surgira l'idée de *successio in universum jus* ou succession au patrimoine du défunt; idée qu'on peut songer à transporter hors du domaine héréditaire, comme dans les hypothèses de l'*adrogation* romaine, de la confiscation, de la vente en masse des biens d'un insolvable...

— Et à cette idée pourra bien s'en superposer une, plus artifi-

cielle encore, celle de la représentation de la personne du défunt par ses héritiers; idée, qui si on l'érige en concept indépendant, se montre capable d'excéder notablement, voire de dénaturer, la portée rationnelle et sociale de la succession héréditaire, soit qu'elle conduise à limiter étroitement le nombre des personnes dignes du titre d'héritiers, soit qu'elle tende à élargir les droits de ceux-ci, tels que les postule l'intérêt général (représentation du défunt dans ses droits strictement personnels), et à étendre également leurs obligations, bien au delà des exigences de l'utilité pratique (obligations *ultra vires*). Par la voix des concepts de cette sorte, on entre, à propos de ce phénomène juridique fort simple, la succession après décès, dans le domaine artificiel de la construction juridique, où la pensée détachée du réel, se repaît de ses propres abstractions, et tend à oublier les intérêts du défunt, de sa famille, de ses créanciers, de l'humanité même, pour se forger un monde héréditaire, purement idéal. »

Guisan. *La notion de la Gesammte Hand*. p. 14. « La science du droit ainsi conçue consiste bien moins à chercher la solution de nouvelles difficultés qu'on imagine, beaucoup plus à démontrer la raison logique de normes déjà formulées. Ce sont les juristes praticiens au courant des besoins journaliers qui font triompher telle ou telle règle législative, dont l'expérience enseigne la nécessité; ensuite viennent les juristes rationalistes qui donnent à la règle une forme précise et la rattachent à un principe général. Cette systématisation donnera à la nouvelle proposition juridique l'autorité, le caractère de vérité et la dépouillera de son apparence arbitraire. Ainsi l'empirisme et le rationalisme sont deux méthodes, qui loin de s'exclure et de se combattre se doivent employer ensemble dans notre discipline. De leur combinaison sortira un système de lois, qui soit à la fois conforme aux besoins de la vie journalière et satisfaisant pour la pensée, qui ait en même temps la souplesse nécesssire à son but social et l'autorité que donne la raison. »

Toullier-Duvergier. *Le droit civil français*. T. XII. p. 75. « La communauté proprement dite, c'est-à-dire la copropriété actuelle des biens communs, ne s'ouvre réellement qu'au moment où finit la société conjugale *soluto matrimonio*. Avant cette époque, la femme n'est point commune en biens ou associée ; elle n'a que l'espérance de le devenir : *non est proprie socia*, *sed speratur fore*, ainsi que l'enseigne Pothier.

Si la femme, comme on ne saurait le nier, n'a qu'une espérance, elle n'est donc pas réellement et véritablement commune, car l'espérance n'est pas la réalité. Elle se trouve dans le cas d'un créancier conditionnel à qui on aurait promis 3000 fr, sous

la condition si tel navire arrive d'Asie. Le droit de la femme n'est même pas aussi fort; car le débiteur conditionnel ne peut, en aucune manière, faire évanouir l'espérance ou le droit éventuel du créancier conditionel, puisqu'il n'est pas en son pouvoir d'empêcher le navire d'arriver; au lieu que le mari peut, à son gré, faire évanouir l'espérance de la femme ou son droit éventuel, en dissipant les biens qui auraient un jour composé la communauté.

Le droit du créancier conditionnel n'est subordonné qu'à une condition purement casuelle; le droit de la femme à la communauté est subordonné à une condition potestative, qui annullerait une société ordinaire. Ainsi dans la vérité, ce que nos Coutumes ont appelé communauté, n'est point une communauté véritable et réduit à ceci :

Les meubles de la femme et les revenus de ses immeubles propres sont mis au pouvoir du mari et confondus avec les siens; il peut en disposer à son gré sans le consentement de sa femme, ainsi que des immeubles acquis pendant le mariage, sans en devoir compte à qui que ce soit; et s'il n'en pas disposé avant sa mort, la femme aura la moitié de ce qui restera de ces biens, en payant la moitié des dette qu'il aura faites. »

Julien Bonnecasse. *La Thémis*. 1914, p. 122. « Nous avons signalé la magistrale introduction consacrée par Toullier à exposer sa méthode. Malheureusement l'exécution de son œuvre fut des plus défectueuses. Aucun auteur de droit n'a accumulé autant d'erreurs. On reste confondu devant certaines théories de Toullier aussi bien en matière historique qu'en matière d'interprétation du code civil. Il lui manquait la principale qualité du jurisconsulte : le jugement...... il importe que nous donnions à cette place une preuve éclatante et irrécusable de son manque de jugement. Nous citerons à dessein sa théorie sur la nature de la communauté conjugale. Pour lui, en effet, la communauté ne commence qu'à ce que l'on appelle sa dissolution. Jusqu'à ce moment-là, c'est-à-dire pendant toute la vie des époux, le mari est seul propriétaire des biens de la communauté. »

Aubry et Rau. *Cours de droit civil français*. § 505, n. 4. « Ce n'est qu'en envisageant séparément les rapports des époux communs envers les tiers et leurs rapports réciproques qu'il est possible de déterminer le véritable sens de la maxime : *Le mari est seigneur et maître de la communauté* et de caractériser la position du mari et celle de la femme pendant le mariage. La distinction indispensable à faire à cet égard a cependant échappé à Toullier, qui...... (soutient) que la femme n'est pas, durant la

communauté, co-propriétaire du fonds commun et qu'elle n'a qu'une simple expectative de co-propriété......

Quoi qu'il en soit la thèse que nous combattons paraît absolument incompatible avec les textes et l'esprit du code civil, qui a singulièrement restreint le pouvoir du mari, quant à la faculté de disposer, à titre gratuit des biens communs. Elle est repoussée par ces locutions, *la communauté commence au jour du mariage*, *la communauté se compose activement et passivement*, etc., et surtout par ces termes de l'art. 1492, *la femme qui renonce perd tout espèce de droit sur les biens de la communauté*.

Meynial. *Le caractère juridique de la communauté entre époux. Rev. trim. de Droit civil.* 1903, p. 8-12. « Notre communauté reste une institution fort difficile à définir, très complexe, toute de nuances et de contradictions où se rencontrent et se tempèrent bien des systèmes opposés, sans qu'aucun puisse avoir la prétention de suffire à lui tout seul à en rendre raison. Cette situation est à mon sens des plus favorables aux transformations incessantes que subit maintenant notre droit civil ; elle fait de la communauté quelque chose de très souple, susceptible de se plier successivement à des tendances contraires, dont les intérêts des époux demandent la conciliation. Mais d'autre part, il faut reconnaître qu'elle n'est pas sans compliquer la tâche des civilistes dans leur œuvre pénible d'adaptation constante, ni même parfois sans ralentir le progrès rapide que pourrait provoquer soudain une heureuse systématisation. »

P. 821. « Dès lors j'ose dire que pour juger s'il y a lieu d'accepter ou de rejeter la systématisation proposée, le seul criterium auquel nous devions avoir recours est celui de son utilité. En tirerons-nous quelque profit et lequel. Il faut même nous demander si cette utilité est actuelle, si elle nous permettra de justifier de nouvelles solutions que nous estimons désirables ; car d'encadrer mieux des solutions déjà acceptées unanimement, ou même généralement, cela ne constitue qu'un avantage doctrinal, presque pédagogique, faut-il dire le mot, un jeu d'esprit qui ne suffit que péniblement à imposer une construction nouvelle. »

Seneca. *De Beneficiis.* VI. 5. « Jureconsultorum istæ acutæ ineptiæ sunt, qui hereditatem negant usu capi posse, sed ea quæ in hereditate sunt : tanquam quidquam aliud sit hereditas quam ea quæ in hereditate sunt. »

Ihering. *L'esprit du Droit romain.* Trad. Meulenære. T. III.

P. 62, N° 32. « Une construction *réussie* est à mes yeux, un *fait* juridique, une prestation de valeur impérissable ; une

construction manquée et sans valeur aucune est un travail perdu. »

P. 66. « *L'épreuve de la construction juridique* consiste pour la science, à placer la construction doctrinale dans toutes les positions imaginables, à la combiner de toutes les manières possibles avec d'autres créations et à la mettre d'accord avec chacun de ses principes fondamentaux. La construction n'est sortie victorieuse de l'épreuve, elle n'est légitime et vraie, que lorsque tout concorde ensemble. »

P. 63. « *La construction doctrinale doit s'appliquer exactement au droit positif.* Les règles positives sont ses points d'alignement. Elle doit en respecter le *contenu*, tout en conservant une entière liberté quant au reste. »

P. 67. « La science ne peut établir des impossibilités juridiques. »

T. IV, p. 312. « L'on objectera peut-être que les juristes romains eux-mêmes invoquent souvent la nécessité ou l'impossibilité logique. Le fait est exact mais comment faut-il le comprendre. Au lieu d'entrer dans des explications détaillées au sujet des circonstances et des motifs pratiques auxquels une règle de droit doit véritablement son origine, l'école parfois trouve plus commode d'en faire la conséquence logique d'un point de vue qu'elle crée pour les besoins de la cause. »

P. 63. « Les constructions propres au législateur n'ont aucune force obligatoire pour elle (la doctrine). Le législateur doit s'abstenir de construire c'est-à-dire de faire de la théorie ; sinon il empiète sur le domaine de la science. »

n. 33. « On a vivement combattu dans ces derniers temps quelques-unes de ces constructions légales établies dans nos nouveaux codes, surtout dans le droit autrichien ; par exemple l'idée du domaine éminent ou utile, la conception de la possession comme droit réel, la possession tabulaire ; la tradition symbolique ; la définition des personnes juridiques. »

WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandektenrechts.* I. § 67. « Es kommt vor, dass das Recht die Wirkung einer Thatsache nicht direct, sondern mit Hinweisung auf eine andere der Wirklichkeit nicht entsprechende Thatsache bestimmt. Es schreibt vor, eine Thatsache solle diejenige Wirkung haben, welche vorhanden sein würde, wenn Etwas wäre, was nicht ist, oder Etwas nicht wäre, was ist. In Fällen dieser Art spricht man von Fiction.

n. 5. Das römische Recht liebt den Gebrauch der Fictionen besonders. So heisst es in der Formel der Arrogation, der Arrogirte solle in dieselbe rechtliche Lage kommen, als wäre er vom Arrogirenden erzeugt. Statt zu sagen, dass der römische Bürger durch feindliche Gefangenschaft, obgleich er Sclave werde, seine

Rechte nicht verliere, sagt das römische Recht : er sei, möge er aus der Gefangenschaft heimkehren oder in derselben sterben. anzusehen, als sei er nie in der Gefangenschaft gewesen. »

IHERING. *L'esprit du Droit romain.* Trad. MEULENÆRE. IV. p. 296. « Lorsque la science a dépassé la période d'enfance, lorsque déjà les siècles ont mûri la pensée, l'ont affermie, et lui ont communiqué cette puissance d'abstraction qui est nécessaire pour réformer les bases théoriques d'une doctrine, alors encore, comme moyen de transition, pour se rendre maître d'une idée complètement neuve, la fiction peut avoir une certaine légitimité. Au désordre sans fiction est mille fois préférable l'ordre avec fiction.

D'autre part, toute fiction à cause de son imperfection même, avertit la science d'avoir à rechercher le plus rapidement possible un moyen plus parfait.

ZEYS. *Traité de Droit musulman*, p. 143. « Lorsqu'une chamelle est d'humeur vagabonde, afin de l'empêcher de s'écarter du troupeau ou de la caravane, on lui donne pour garde du corps un âne qu'elle a l'habitude de suivre. Celui-ci s'appelle l'*éria*, mot qui signifie littéralement intermédiaire, moyen pour arriver à une chose. Ce mot a été transporté dans la langue technique pour marquer les choses, les faits, qui servent de véhicule à une chose, à un fait contraire à la loi. Accorder un terme à un individu n'a rien en soi de répréhensible, mais lorsque ce terme est accordé dans certaines circonstances déterminées, en matière de vente, il constitue un véhicule de prohibition. »

PAUL MORIAUD. *De la simple famille paternelle en droit romain*, p. 93. « La fiction de non diminution de chef conduisît-elle au but, permît-elle de dresser une liste exacte et complète des descendants appelés à la possession des biens *contra tabulas* et *unde liberi*, elle serait blâmable encore par cela même que c'est une fiction. Non pas une de ces fictions inoffensives qu'Ihering a eu raison de distinguer des fictions véritables et qui ne méritent pas le nom de fictions parce qu'elles ne sont rien de plus que des renvois, mais une de ces fictions dangereuses parce qu'elles voilent la réalité au lieu de l'éclairer. »

P. 94, n. 64. « Je considère la *capitis diminutio* comme un fait. »

P. 95, n. 65. « Ce n'est pas à dire que cette fiction soit sans défaut. Aucune fiction n'est sans défaut. Ihering a dit que mieux vaut l'ordre avec fiction que le désordre sans fiction. Cet ordre n'est souvent qu'apparent et se change en désordre à la réflexion. La *fictio legis corneliæ* introduit un désordre... »

CODEX JUSTINIANUS. C. 30 pr. V. 12. « Non enim quod legum

subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. »

C. 1, § 1, 1 A. V. 13 « ...sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non, ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsecuta. Eodem que modo etsi inutiliter facta est stipulatio : adjuvari enim eam magis quam evanescere oportet : si enim cum una in instrumento stipulatio valida inveniatur et aliis inutilibus suam noscitur praestare fortitudinem, quare non ex nostra lege hujusmodi stipulationibus robur accedat legitimum ? Est enim consentaneum nobis qui censemus, et ubi supposita stipulatio non est, intelligi eam fuisse adhibitam, multo magis etiam, si inutilis est, validam eam effici. »

C. 2. IV. 18, § 1. « ...hac apertissima lege definimus, ut liceat omnibus constituere non solum res quæ pondere numero mensura sunt, sed etiam alias omnes sive mobiles sive immobiles sive se moventes... »

§ 1 B. « Et neminem moveat, quod sub nomine pecuniæ etiam omnes res exigi definimus, cum et in antiquis libris prudentium, licet pecunia constituta nominabatur, tamen non pecuniæ tantum per eam exigebantur, sed omnes res quæ pondere numero mensura constitutæ sunt. Sed et possibile est omnes res in pecuniam converti... »

§ 1 D. « Sed ut et subtilitati eorum satisfiat, qui non sensum, sed vana nominum vocabula amplecti desiderant, ita omnes res veniant in constitutam, *tamquam fuisset ipsa pecunia constituta...* »

ROGUIN. *La règle de Droit*, p. 388. « Bekker dit à tort que c'est par une fiction que la volonté du tuteur est censée être celle du pupille. La loi ordonne simplement que la volonté du premier déploie ses effets à l'égard de la personne et du patrimoine du deuxième, sans se préoccuper des intentions de ce dernier. Il n'y a dans tout cela aucune fiction, aucune admission artificielle de ce qui n'existerait pas naturellement. Remplacer une volonté, ou suppléer une absence de volonté par une autre n'est absolument pas faire une fiction. Celle-ci n'existe, à proprement parler, dans le droit que lorsqu'un cas d'une certaine espèce est supposé être d'une autre afin de recevoir la même solution que la deuxième. Et même, au fond, cette fiction n'est jamais l'admission d'une chose contre nature. Admettre une fiction dans la multiplicité des personnalités ou « subjectivités » juridiques obligerait à en voir une dans le droit tout entier ; et la seule chose qui demeurerait naturelle serait la vie débridée et promisque de l'humanité ! »

H. FITTING. *Reichs-Civilprocess*, § 61. « Aufrechterhalten und von der Civilprocessordnung und Konkursordnung durch Vor-

schriften gleicher Art vermehrt sind auch die sog. unwiderleglichen Rechtsvermuthungen des bürgerlichen Rechtes, d. h. Rechtsvermuthungen, gegenüber welchen der Beweis des Gegentheils ausgeschlossen ist. Diese haben mit der Beweisfrage und der Beweislast gar nichts mehr zu thun. Sie kommen vielmehr mit den Fictionen überein und enthalten, wie diese, die Gleichsetzung eines Thatbestandes, mit einem anderen hinsichtlich der rechtlichen Wirkung. »

HAFF : *Grundlagen einer Körperschaftslehre*. 1915. p. 54. « Den staatlichen Gewaltwillen einem juristischen Gebilde, einer blossen juristischen Person zuzuschreiben, ist eine Fiktion, die zu dem Zwecke vorgenommen wird, um die Vielheitlichkeit der Einzelwillen künstlich zur Einheit zusammenzufassen. Die juristische Klarheit kann durch diese Fiktion einer Einheit insbesondere dann gewinnen, wenn tatsächlieh ein einheitliches Wollen nicht vorliegt. »

Voir encore sur la Fiction, VAIHINGER : *Philosophie des Als Ob*. 1913.

CHAPITRE XII

Les formes supérieures de la pensée juridique.

Nous avons insisté sur les formes inférieures de la pensée juridique. Le mystique et le rationnel simple sont dans la vie courante ce qui est le plus apparent et peut-être même le mieux ordonné. Mais s'arrêter là serait méconnaître le Droit et son histoire. A son développement ont travaillé des forces intellectuelles beaucoup plus élevées par leur nature. Il est impossible de les négliger.

Il est certain d'abord que, depuis qu'il y a des hommes qui pensent, le Droit a été en contact perpétuel avec la Religion, la Morale, la Philosophie. Chaque philosophie a eu sa façon de concevoir les phénomènes juridiques et chaque jurisconsulte de valeur, sa façon de concevoir le monde. Par un côté ou par un autre, les plus grands cerveaux humains ont réfléchi sur le Droit. Il est impossible qu'il ne reste rien de ce colossal travail qui mérite notre profonde vénération.

Il en reste très certainement une immense littérature à laquelle un très grand nombre de civilisations ont contribué; les ouvrages traitant de philosophie du Droit sous une forme ou sous une autre sont toujours dignes d'un grand intérêt qu'ils émanent de théologiens, de philosophes ou juristes. Le Droit lui-même dans ses éléments concrets porte forcément l'empreinte de ce travail savant et systématique.

Mais la philosophie n'est pas toute entière dans la pensée des philosophes. Tous les êtres humains — ou du moins presque tous — peuvent s'élever aux conceptions les plus abstraites et les plus générales. Ainsi les législateurs, les praticiens,

les publicistes qui manient de préférence les formes inférieures de la pensée, peuvent plus ou moins fréquemment entrer en contact par leur propre effort ou par influence, avec les éléments les plus délicats de la pensée juridique.

Et pourtant, la philosophie du Droit est actuellement et déjà depuis longtemps universellement décriée, même plus, franchement méprisée par la très grande majorité des jurisconsultes et des philosophes. Elle passe pour une phraséologie vide, souvent plate et dépourvue d'intérêt. Il faut reconnaître que ce reproche est souvent justifié. Nous n'avons pas l'intention d'ajouter à cette dépréciation, ni de critiquer même vaguement les divers systèmes de philosophie du Droit. En qualité d'historien du Droit, nous sommes mis en face d'un problème important et inévitable : quel est le caractère des pensées philosophiques qui ont agi sur la formation du Droit? Il s'agit pour nous de savoir comment aborder ce problème.

Que devrait avoir gagné le Droit à ce contact continuel avec la philosophie? Il devrait avoir surtout gagné une meilleure connaissance de lui-même ; il devrait avoir dégagé les divers éléments qui le constituent, déterminé leur nature et apprécié leur valeur logique. Or le Droit s'ignore lui-même d'une façon à peu près complète. Il est composé de pensées qui au point de vue philosophique sont de nature très diverses et tous les systèmes de philosophie du Droit en font des mélanges incohérents.

De telle sorte que la situation se présente sous cette forme.

Au point de vue systématique, les œuvres de philosophie juridique se caractérisent par la plus épaisse confusion dans les idées essentielles, de telle sorte que chaque système en tant que système, ne peut guère être classé parmi les formes supérieures de la pensée et par suite peut être négligé ici.

Mais chaque pensée isolée contenue dans ce chaos intellectuel garde sa nature propre et c'est en elle-même qu'il convient de l'apprécier. Le fait qu'on n'a su ni la caractériser, ni en

tirer parti n'en change pas la valeur. Bien souvent, des idées profondes et justes sont émises par des esprits incapables de s'en servir. Elles n'en sont pas moins profondes et justes bien qu'inutilisées. Parcourir les doctrines morales, politiques et de droit naturel à travers les siècles a certainement un grand intérêt ; mais cela ne nous servirait à rien pour la connaissance de la pensée juridique. Car ces doctrines en tant que doctrines n'ont aucun intérêt vraiment philosophique. Dérouler des idées sans être à même de les apprécier, sans criterium pour en connaître la portée, le degré d'autorité auxquelles elles peuvent prétendre, la parenté qu'elles peuvent avoir ensemble serait œuvre vaine. Pour se retrouver dans le chaos des pensées juridiques l'analyse seule, l'analyse rigoureuse s'impose. Nous ne prétendons ni la prendre à ses débuts, car cette analyse est commencée depuis longtemps, ni la conduire à sa perfection, car notre travail restera encore sans doute très grossier. Ceux qui voudront l'attaquer dans son ensemble ou dans ses parties ne feront certainement pas œuvre qui nous déplaise s'ils peuvent lui donner plus de subtilité et de logique.

§ 1. — Principales confusions chez les théoriciens du Droit. — I. *Droit et institutions juridiques.* — On se rend bien compte généralement que « Droit » et « Institutions juridiques » ne sont pas des synonymes. Mais on ne les oppose pas assez nettement l'un à l'autre pour faire sortir de cette opposition tout ce qu'elle peut donner. Et — ce qui est plus grave — lorsqu'on émet une théorie générale de technique, philosophie ou histoire juridique, on omet presque toujours d'indiquer si on l'applique au « Droit » ou aux « Institutions juridiques ».

Sous sa forme positive, le Droit est l'ensemble des règles formulées par la loi ; l'Institution est l'ensemble des procédés par lesquels on réalise un but social, ou, si l'on veut, la forme des relations sociales. Une institution devient juridique lorsqu'elle est soumise aux règles de fond et à la technique élaborée par le Droit. La vente est une institution juridique tandis qu'une invitation à dîner n'en est pas une.

Les institutions sont plus vieilles que le Droit. Les animaux ont des institutions et n'ont pas de Droit. Les peuples primitifs développent des vies sociales très complexes presque sans le secours du Droit. Le Droit romain primitif n'a pour ainsi dire pas de Droit de famille ; son Droit contractuel n'a admis les institutions de la vie commerciale qu'avec beaucoup de restrictions et de réserves.

Les institutions entrent et sortent du domaine juridique suivant les circonstances. Le Droit peut les pénétrer plus ou moins profondément suivant les époques et les civilisations. Ainsi le mariage est réglementé par les lois avec une rigueur très inégale. Les détails de la vie conjugale donnent, dans tel milieu, occasion à des procès que les juges refuseraient ailleurs de connaître.

Même si elle peut s'analyser complètement en dispositions juridiques, l'Institution conserve son indépendance. Pour si intime que soit l'union, la séparation est toujours possible.

Droit et institution ont leur cause et leur essence dans des phénomènes psychologiques qui ne se ressemblent en rien. On ne peut faire usage des mêmes principes pour expliquer l'histoire et la nature de l'un et de l'autre. Première distinction à faire pour éviter la confusion.

II. *Le Droit positif, le Droit désirable, le Juste, le Bien.* — Il peut sembler inutile d'attirer l'attention sur la distinction que doit faire quiconque étudie le Droit à un point de vue quelconque entre le Droit positif et le Droit désirable. « Constater ce qui est », « discuter sur ce qui devrait être », ne semble pouvoir être confondu que par des esprits d'une lourdeur peu commune. Tout le monde reconnaît en principe le bien fondé de cette distinction ; mais dans le cours d'un long exposé, il arrive parfois qu'un auteur change son point de vue sans prévenir personne. De là, des obscurités regrettables. Ceux qui insistent pour qu'on ne mélange pas à tort et à travers ces deux ordres d'idées ont raison de le faire.

Pour donner un sens précis à l'expression « Droit désirable » ou à toute autre équivalente, il est indispensable de poser

des distinctions délicates et importantes. On peut définir le « Droit désirable » l'ensemble des dispositions juridiques sur telle ou telle matière et en telle circonstance, il *convient* d'établir. Le mot « convient » est loin d'être clair, sans doute; il reste vague et obscur parce qu'il représente une notion vague et obscure. On peut appeler « politique » la recherche des lois désirables et « politicien » celui qui se livre à cette recherche. Le politicien se demande s'il convient d'établir de nouvelles lois ou d'abroger des lois anciennes. Pour si complexe et arbitraire que soit son travail, on peut toutefois en analyser les diverses phases.

Le politicien doit : 1° réunir des éléments de décision 2° prendre une décision.

I. Eléments de décision. — Les éléments de décision sont, au point de vue philosophique, de nature très diverse. On peut les classer en deux groupes.

A. — Recherche des conséquences morales ou matérielles qui doivent résulter d'une loi.

B. — Examen de la loi et de ses conséquences d'après les principes du Juste et du Bien.

A. — La recherche des effets des lois ne saurait aboutir de nos jours qu'à des résultats très incertains. Les efforts combinés de toutes les sciences sociales arrivées à leur perfection peuvent seules nous promettre de prévoir l'avenir. Quelques-unes de ces sciences sociales ont atteint un certain degré de développement (économie politique, statistique, histoire...); d'autres sont à peine ébauchées ; d'autres enfin sont encore complètement ignorées de nous. Avant que l'humanité ait accompli le travail colossal qui lui reste à accomplir dans cette voie, il est fort possible qu'elle ait disparu. Mais on peut affirmer que théoriquement la connaissance des effets moraux et matériels des lois peut être atteinte d'une façon certaine et complète par l'emploi de sciences exclusivement positives. La difficulté tient uniquement à la complexité du problème et non à sa nature. Il doit être résolu par l'emploi de méthodes

positives et expérimentales. Il est donc scientifique dans le sens le plus rigoureux du mot.

B. — D'une toute autre nature est l'examen de la loi et de ses conséquences d'après les principes du Juste et du Bien. Car le Juste et le Bien n'ont aucune existence positive. Pour les uns, ce sont de pures créations du cerveau humain, pour d'autres, des réalités supérieures à l'homme. Aucune méthode positive ne pouvant convaincre d'erreur ni les uns, ni les autres, la solution à donner au problème du Juste restera toujours hypothétique. C'est une question de métaphysique sur laquelle nous ne serons jamais fixés avec certitude. Toutes les vérités que nous pourrons en déduire, resteront toujours des vérités métaphysiques.

Des esprits positifs pourront prétendre qu'un examen des lois d'après des données métaphysiques pourrait être purement et simplement supprimé. Mais, en fait, la nature humaine a toujours besoin de notions semblables pour baser sa logique sociale et en aura toujours besoin. Ceux qui croient à la nature purement subjective de la Justice et du Bien n'en sont pas moins obligés de leur donner par fiction une objectivité artificielle, sans laquelle toute appréciation sur la valeur des lois leur serait absolument impossible. Fictions ou réalités, le Juste et le Bien seront étudiés par des procédés identiques, très éloignés des méthodes positives.

II. Décision. — Lorsque le politicien a réuni les éléments de décision, il lui reste à prendre une décision ou à formuler un jugement. Il dira : « il faut », « il convient », « il est désirable de ». Logiquement une décision ne saurait résulter directement d'une connaissance même parfaite. Pratiquement, si tous les éléments de la décision sont favorables, la décision paraîtra « s'imposer ». Mais c'est une façon de parler ; une décision ne saurait jamais être imposée logiquement par une constatation. Les faits intellectuels et les faits volontaires ont des relations de fait, mais aucune relation logique. D'ailleurs presque toujours l'examen des éléments de décision ré-

vèlera ce que nous appelons des avantages et des inconvénients. Dans ce cas, aucun travail intellectuel ne peut justifier un choix. Une loi sera injuste mais utile; juste mais dangereuse; il n'est aucune discipline qui puisse nous apprendre s'il faut préférer à degré égal le juste ou l'utile; il n'en est aucune qui puisse nous indiquer quel degré de juste ou d'utile doit l'emporter en cas d'opposition. L'art de la décision restera toujours en dehors de toute logique positive aussi bien que métapyhsique.

Ainsi dans l'élaboration du Droit désirable se combinent trois activités psychologiques : la première de nature positive et expérimentale; la deuxième, métaphysique; la troisième, étrangère au domaine intellectuel proprement dit.

III. — *Droit général. Catégories juridiques et constructions juridiques ou philosophiques.* — Les travaux de Droit abstrait, de Droit pur, de Dogmatique juridique forment une riche littérature où il est légitime d'aller rechercher les formes les plus élevées de la pensée juridique. Ne sont-ils pas la science même et jusqu'à un certain point la philosophie même du Droit?

Sans doute. Mais quelles que soient leur profondeur et leur envergure, il est bien rare que des ouvrages de cette nature aient le droit d'échapper au reproche de confusion par défaut d'analyse, non pas peut-être dans l'accomplissement de leur tâche, mais dans l'indication de la tâche qu'ils se sont proposé d'accomplir.

Dans le domaine de la théorie juridique, il y a place pour bien des entreprises les plus diverses par leur nature et leur objet; chacun peut exploiter son champ à sa manière. Encore faut-il savoir ce que chacun veut faire et ce qu'il espère récolter. Sans quoi comment pourra-t-on juger s'il a raison ou tort dans ce qu'il affirme ou dans ce qu'il nie?

A. — On peut étudier la nature philosophique de la pensée juridique pour des motifs très divers. Les uns veulent connaître pour connaître; les autres veulent connaître pour agir sur le Droit positif, dans son interprétation, sa création, son appli-

cation. Les uns et les autres peuvent travailler aussi consciencieusement avec des méthodes identiques.

A la condition toutefois que le futur praticien ne vienne pas mélanger ses désirs pratiques à l'étude objective et désintéressée, qu'il ne se lève pas de son banc chaque fois qu'il suppose que la vérité philosophique ne peut lui être utile. S'il mêle ses préoccupations de métier à ses études de science pure, il n'aura plus le droit de prétendre exercer son métier d'après les principes de la science pure. C'est pourquoi une « élaboration scientifique du Droit positif » suppose en premier lieu une connaissance scientifique du Droit; après quoi, peut venir une étude scientifique de l' « élaboration ». Mais une étude de *l'élaboration du Droit* ne peut être considérée comme une science première. Car cela conduirait forcément à éliminer tout ce qui dans la nature philosophique du Droit ne paraît pas pouvoir pratiquement être employé à son élaboraboration. Celui qui borne son ambition à devenir notaire ou huissier a bien le droit de choisir dans ses études juridiques ce qui convient le mieux à sa profession. Mais il ne peut avoir la prétention de s'élever jusqu'au Droit scientifique. Toute proportion gardée, la situation est la même pour celui qui veut faire une théorie de l'« élaboration du Droit », sans connaître le Droit.

L'auteur que nous avons sous la main et que dans la forme nous avons l'air de critiquer directement alors que beaucoup d'autres sont dans notre pensée a fait beaucoup pour la connaissance du Droit lui-même autant que pour la technique de l'« élaboration du Droit ». Mais la haute valeur et l'universelle renommée de son œuvre nous engage à le prendre en exemple de l'insuffisance de la puissance analytique dans la science juridique moderne chez les esprits les plus profonds et les plus désireux de pénétrer l'essence philosophique des phénomènes juridiques.

Admettons qu'il y ait une réponse philosophique à la question : « Quelle est la méthode la plus parfaite d'élaboration du Droit » ; elle ne peut être obtenue que par celui qui aura exa-

miné à fond cette question primordiale : « Qu'est-ce que le Droit ? » On ne saurait logiquement aborder celle-là avant d'avoir épuisé celle-ci.

B. — En réservant le nom de « Droit pur » ou de « philosophie positive du Droit » à la science qui se borne à rechercher ce qu'est le Droit, on obtient déjà une base de travail plus précise que celles dont on use généralement. Mais bien des confusions sont encore possibles si on ne précise pas davantage. Car on pourrait réunir sous la même rubrique des travaux n'ayant ni la même méthode, ni la même portée.

Réunir le maximum possible de données juridiques, en empruntant à toutes les époques et à toutes les civilisations, en extraire les éléments communs, travailler ainsi par observation, abstraction et généralisation est une méthode aussi solide que fructueuse. On peut l'appeler méthode « du Droit positif général », car elle condense tout ce qui est général dans le Droit positif. Elle opère le triage de l'accidentel et du permanent, du variable et du constant. Ses résultats ont une valeur positive et expérimentale qui les mettent au plus hant prix. Ils constituent la science des « *éléments généraux* » du Droit.

La science des « éléments généraux » ne saurait se confondre avec la science des « éléments nécessaires ». Or, certains penseurs affirment qu'il existe dans le Droit des « éléments nécessaires ». S'il en existe, c'est une science toute nouvelle qu'il convient d'édifier. On ne s'était occupé jusqu'à présent que de ce qui était commun à tout système juridique existant ou ayant existé ; il s'agit maintenant de découvrir ce qui s'impose à tout système juridique *possible et imaginable*. Entre les deux sciences est un abîme ; car il y a un abîme entre ce qui a toujours existé et ce qui ne peut pas ne pas exister, entre le « général » et le « nécessaire ». Dans l'étude du nécessaire, il faut abandonner complètement la méthode expérimentale et inductive ; ni l'observation, ni l'abstraction, ni la généralisation ne peuvent être d'aucune utilité pour si parfaite et si approfondie qu'elles puissent se présenter. Ce qui

ne s'est jamais réalisé depuis que le monde est monde peut se réaliser demain et l'on ne peut pas trouver dans les réalisations du passé, pour si minutieusement qu'on les étudie, des indications sur les possibilités et les impossibilités de l'avenir.

La nécessité d'une notion juridique, l'impossibilité de son contraire ne peut résulter de l'expérience. Il faut en chercher la preuve dans des directions différentes.

La nécessité d'une notion juridique peut être de nature psychologique. La conformation du cerveau humain crée entre tous les hommes des façons de penser inéluctables, c'est-à-dire, nécessaires. De telle sorte que l'on peut concevoir des principes sociaux qui s'imposent par le fait que l'homme d'hier, d'aujourd'hui et de demain seront toujours, dans une certaine mesure, des êtres semblables, d'intellectualité et de sentimentalité. Si l'on croit pouvoir déterminer la puissance de variabilité de l'esprit humain, on peut fixer les limites desquelles il lui est impossible de sortir. Ce seront les limites du nécessaire psychologique. Par exemple : les hommes obéissent aux lois parce que les lois ont des sanctions, châtiment de ceux qui les violent. Sans sanction, les lois dans le passé eussent été peu obéies, et sans sanction elles le seraient peu de nos jours. Peut-on supposer une société où les hommes tels que nous les connaissons observeraient les prescriptions du législateur, alors que la désobéissance ne pourrait leur causer aucun ennui ? On peut prétendre que c'est impossible et que pour faire respecter ses ordres le législateur sera toujours obligé de les accompagner de sanction. On peut aussi prétendre le contraire et aucune des deux opinions n'est absurde en elle-même. Il s'agit uniquement d'une question d'appréciation de la variabilité psychologique de l'homme. C'est le cas des chevaux calculateurs. Lorsqu'on a prétendu que certains chevaux étaient parvenus par l'éducation à extraire des racines carrées et à manier la table des logarithmes, bien des esprits ont été certains par avance qu'il s'agissait d'une simple mystification. Et à bon droit. La psychologie du cheval n'est pas

scientifiquement décrite, et sa puissance de variabilité intellectuelle n'est pas mesurée. Il est toutefois légitime de fixer, par appréciation approximative, les limites que l'intelligence que le cheval ne peut pas dépasser. Ce qui est vrai du cheval, est vrai de l'homme. Telle est la nature du nécessaire psychologique invoqué bien souvent implicitement ou explicitement en philosophie du Droit.

La nécessité déductive que l'on invoque aussi fréquemment ne lui ressemble en rien. Sa nature est purement artificielle. Lorsqu'on recherche les conséquences forcées d'un principe posé comme certain, c'est sur la nécessité déductive que l'on s'appuie. Soit une définition du Droit dans laquelle l'idée de sanction est explicitement ou implicitement contenue; en vertu de cette définition le Droit et la sanction resteront toujours indissolublement liés. Ainsi pour ceux qui font de la sanction la différence spécifique entre le Droit et la Morale est-il absolument certain qu'il n'y aura jamais un Droit dépourvu de sanction. Quelles que soient les transformations qui puissent s'opérer dans l'esprit humain, il en sera toujours ainsi. S'il arrive un jour où tous les hommes obéissent aux lois pour leur seul plaisir et sans aucune contrainte, que tribunaux, gendarmes, prisons deviennent totalement inutiles, il n'y aura plus de sanction, mais il n'y aura plus de Droit et l'ensemble des règles auxquelles les citoyens se soumettront sera quelque chose d'essentiellement nouveau auquel il faudra donner un nouveau nom. Nous sommes ici en présence d'une *nécessité déductive.*

Enfin, on peut prétendre que certains éléments du Droit sont d'une *nécessité catégorique,* c'est-à-dire qu'ils sont de la même nature que les formes de la connaissance auxquelles Kant a donné le nom de *catégories,* telles qne la quantité, la qualité, la relation. Ces formes de la pensée existent avant même que nous en ayons connaissance et en dehors de cette connaissance. Ce sont des vérités à priori se rapprochant des vérités mathématiques. A ce point de vue, on peut soutenir que la notion de « sanction » est un élément de la notion

« Droit » au même titre que « l'unité » et la « pluralité » sont contenues dans la catégorie « quantité ».

Les trois nécessités : psychologique, déductive, catégorique, ne s'excluent pas l'une l'autre. Il se peut qu'un même principe de Droit soit nécessaire à ce triple point de vue. Mais il convient de distinguer très nettement les trois notions.

C. — Existe-t-il des éléments du Droit généraux ou nécessaires ? Nous étudierons cette question dans le prochain chapitre. S'il en existe, ce sera une tâche aussi urgente que délicate de les séparer des constructions juridiques et philosophiques qui ne sauraient jamais être ni générales, ni nécessaires.

Nous avons déjà parlé des constructions juridiques ; il convient toutefois de revenir sur ce sujet. Car si la science moderne affectionne la construction juridique, la vieille philosophie du Droit affectionnait les constructions philosophiques. L'une et l'autre semblent se méprendre complètement sur la nature des constructions.

Qu'est-ce qu'une construction juridique ou philosophique ? L'expression elle-même de « construction » en indique à merveille la nature. Elle rassemble des matériaux étrangers les uns aux autres et pris un peu partout ; les taille, les dispose, les unit d'après un plan arbitraire. Avec ces matériaux donnés, elle peut faire des édifices bien différents, sur des plans infiniment variés. Telle pierre peut tout aussi bien prendre sa place à la base ou au sommet de l'édifice. Une construction peut être élégante ou inélégante, symétrique ou asymétrique. Elle est toujours légitime. Elle n'est jamais ni fausse, ni vraie étant œuvre de fantaisie et devant toujours se présenter comme telle.

On pourrait encore comparer la construction juridique à un jeu de cartes. Ce sont des combinaisons conventionnelles et artificielles que l'on peut modifier à l'infini. Elles sont toutes aussi légitimes les unes que les autres. Il est des jeux plus simples ou plus compliqués, plus amusants ou plus ennuyeux. Il n'en est point qui soient vrais ou qui soient faux. Il n'est

pas facile d'inventer un jeu nouveau un peu amusant comme il n'est pas facile d'imaginer une construction plaisante. Ce sont deux opérations de l'esprit à peu près identiques.

La construction est indispensable au cerveau humain. Elle donne aux dispositions concrètes des lois l'harmonie indispensable et de fragments épars fait une œuvre souvent grandiose presque toujours agréable à contempler. La construction philosophique est le seul travail intellectuel qui donne aux hommes la pleine satisfaction, c'est-à-dire le bonheur ou la consolation, Il n'y aurait pas de crime pire que d'en déprécier la valeur. Chacun se fait à chaque instant une synthèse de la société. de l'univers ; il y insère ses idées, ses goûts, la justification au besoin la glorification de tous ses actes. Ces systématisations générales, ces synthèses de l'existence morale, ces Weltanschauungen peuvent être moralement ou socialement inférieures ou supérieures, logiquement elles se valent toutes. Philosophe, artiste, prêtre, banquier, rentier, mendiant, galérien travaillent de la même façon à se faire l'univers qu'il leur faut et avec lequel ils peuvent harmoniser leur existence. Chacune de ces constructions rend des services à celui qui en est l'architecte. Il serait dangereux de donner à l'une quelconque d'entre elles une valeur générale et de lui attribuer un caractère objectif auquel elle n'a droit à aucun titre.

CHAPITRE XIII

Le droit scientifique ou « Droit pur ».

Bibliographie. — Bacon, *Novum Organum* ; — De *dignitate et augmentatione scientiarum* ; — Mill's, *System of Logic*, l. III, c. 8 et 9. — Berkeley, *Treatise on the principles of human Knoweledge*, 1710 ; — David Hume, *Enquiry concerning human understanding*, 1748 ; — John Herschell, *Discourse on the Study of Natural Philosophy*, Part. II, ch. 4-7 ; — Thomson and Tait, *Natural Philosophy* I, p. 307 ; — Claude Bernard, *Introduction à la médecine expérimentale* ; — Huxley, *Les sciences naturelles et les problèmes qu'elles font surgir* ; — Liard, *Logique* ; *La science positive et la métaphysique* ; — Rabier, *Logique* ; — Rey, *Leçons de psychologie et de philosophie* ; — Payot, *De la croyance*, 1906 ; — Gourd, *Le Phénomène* ; — Windelband, *Einleitung in die Philosophie*, 1914 ; *Die Prinzipien der Logik* ; — *Encyclopädie der philosophischen Wissenschaften*. A. Ruge u. Windelband, 1er vol. *Logik* (articles y contenus de Windelband, Royce, Couturat, etc.).

Fulci, *Filosofia scientifica del diritto*, 1906 ; — Duguit, *L'Etat, le Droit objectif*, p. 5, 20 ; *Le droit social*, 1911 ; *Transformation du Droit privé*, p. 160 ; — Hayem, *Le droit de propriété et ses limites*, 1910 ; — Rigaud, *Le droit réel*, 1912.

Hobbes, *Leviathan* ; — Austin's, *Lectures on Jurisprudence or the philosophy of positive Law*, 5e édit., 3e réimp. 1911 ; — Roguin, *La Règle de Droit* ; — Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht* ; — Bekker, *Zur Lehre vom Rechtssubjekt* ; — Merkel, *Ueber das Verhältnis der Rechts philosophie zurpositiven Rechts wissenschaft* ; *Elemente der allgemeinen Rechtslehre* ; — Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe* ; *juristische Prinzipienlehre* ; — Binding, *Die Norme und ihre Uebertretung* ; — Sternberg, *Allgemeine Rechtslehre* ; — Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* ; *Gesetz, Gesetzanwendung u. Zweckmässigkeitserwägung* ; — Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911 ; — Haff, *Grundlagen der Körperschaftslehre* ; — Bosanquet, *The philosophical Theory of the State* ; — Binder, *Rechtsbegriff u. Rechtsidee. Ueber kritische und meta-*

physische Rechtsphilosophie. Archiv. f. R. u. W. philos, oct. 1915.

Kant, *Kritik der reinen Vernunft. Transcend. Elementarlehre.* 2 Th. *Ab.* 1 § 10. *Von den reinen Verstandesbegriffen oder Kategorien*; — Renouvier, *Essai de critique générale*; — Vacherot, *La métaphysique et la science*; — Parodi, *La critique des catégories kantiennes chez Charles Renouvier, Rev. de métaph. et mor.* 1904, p. 606; — Pelagyi, *Der Streit der Psychologischen und Formalisten in der modernen Logik, 1901*; — Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*; — Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie.*

Husserl, *Ideen zu einer reinen Phänomenologie*, 1913; — Reinach, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, 1913; — Djuvara, *Le Fondement du phénomène juridique*; — Stefanescu, *Le dualisme logique*, 1915.

Nous rangerons sous l'expression de « Droit Pur », les divers efforts qui ont été faits pour parvenir par des procédés rigoureusement logiques à la connaissance du Droit. Cette expression a été employée dans des sens divers; n'ayant encore aucune signification précise définitivement consacrée par l'usage, il est légitime de négliger à son égard la terminologie d'autrui.

Il convient avant tout de préciser ce que nous voulons demander à l'étude des travaux de Droit pur. Nous nous posons une seule et unique question. Existe-il et a-t-il existé dans le domaine de la pensée juridique des éléments rigoureusement logiques et quelle en est la nature?

Par suite: 1°. — Nous ne faisons aucune critique d'aucun système, d'aucun auteur, d'aucun ouvrage. Nous ne nous demandons nullement si parmi les penseurs qui ont travaillé le Droit au point de vue théorique, l'un ou l'autre a mieux réussi à conduire son œuvre au point où elle devait logiquement aboutir.

2°. — Nous considérons les pensées en elles-mêmes indépendamment du système qui les contient, et les méthodes en elles-mêmes en dehors des résultats auxquels elles ont abouti. Peu nous importe qu'une pensée logique soit isolée au milieu d'erreurs et qu'une bonne méthode ait été mal employée.

3°. — Il ne s'agit pas d'énumérer limitativement tout ce qui dans le Droit peut être appelé logique ou scientifique ; mais d'en exposer les types les plus importants qui peuvent faire contraste avec l'intellectuel inférieur et le rationnel simple.

§ 1. — **Les Vérités expérimentales dans la vie juridique.** — La méthode expérimentale dans un grand nombre de domaines a dépassé toutes les espérances. Elle est pour les sciences concrètes et physiques la méthode par excellence. Pour des sciences touchant l'homme de très près, la linguistique et même la psychologie, elle a donné les plus brillants et les plus solides résultats. Il n'est donc rien de plus naturel et de plus légitime que de l'adapter aussi complètement qu'il est possible à toute science sociale, notamment à l'étude du Droit.

On l'a d'ailleurs toujours plus ou moins fait. Les jurisconsultes les plus scolastiques ont, par moment, examiné les réalités de l'existence ou les précédents historiques pour trancher quelque question de Droit. On a toujours apprécié ceux qui avaient beaucoup vu, beaucoup retenu et savaient retirer de la vie la plus grande expérience. Aussi les vieillards ont-ils été presque partout des juges de prédilection. Mais cette expérience des anciens manque de suite, de précision, flotte au hasard et ne peut guère créer rien de solide. Pourra-t-on dans l'élaboration du Droit, employer la méthode expérimentale avec précision et rigueur ? Pourra-t-on obtenir d'elle des vérités incontestables ? Est-elle de nature à rénover le Droit, lui donner le caractère de science véritable qui, à mon avis, lui a toujours fait défaut jusqu'à présent.

Faut-il être plus modeste et se borner à demander à l'expérience de fournir un certain nombre de données scientifiquement acquises et relativement indiscutables sur lesquelles pourra être élaboré le travail juridique proprement dit, sans que le Droit lui-même puisse être absorbé par la science expérimentale et entièrement élaboré par elle ?

I. — *L'ambiguité de la terminologie concernant les sciences expérimentales.* — Il est à présumer que tous ceux qui prétendent employer la méthode expérimentale en connaissent

exactement le mécanisme, mais ce n'est peut-être pas absolument certain. Une confusion serait d'autant plus excusable que la terminologie est loin d'être aussi précise qu'on pourrait le croire. Ainsi le mot « expérience » peut être pris dans des sens divers ; « sciences expérimentales », « méthodes expérimentales », « expérimentation », sont autant d'expressions comprises diversement par divers auteurs.

Nous appellerons « vérité expérimentale », toute vérité obtenue par l'observation et vérifiable par l'expérience. Nous éviterons le terme « expérimentation », à cause de son ambiguité ; nous le remplacerons selon les circonstances, par l'une ou l'autre expression « exploration expérimentale », « vérification expérimentale ».

Si l'on consulte le *Vocabulaire Philosophique* de Goblot dont la terminologie a été fixée avec beaucoup d'attention, l'expérimentation y est définie « une méthode de recherche des lois naturelles ». Son but est donc de découvrir la vérité. Ne chicanons pas sur le mot « lois » cela viendra plus tard.

Elle consiste dans une ou plusieurs observations de nature particulière et diffère de l'observation simple par plusieurs points.

1°. — L'observateur, nous dit-on, devient expérimentateur lorsqu'il a déjà formulé dans sa pensée une hypothèse et qu'il observe en vue de savoir si elle est juste ou fausse.

2°. — Il provoque les phénomènes qu'il veut observer, au lieu de porter son attention sur des faits spontanés.

3°. — Enfin il dirige son observation suivant certaines méthodes (méthode de concordance, de différence, des variations concomitantes, des résidus).

Cette expérimentation est un moyen de recherche des vérités naturelles, d'exploration de la réalité. Elle est recommandable au savant comme étant particulièrement fructueuse. Mais chacun reste le maître de travailler comme il veut et d'atteindre la vérité par un moyen quelconque. Ce qui donne son grand prestige, ce qui fait l'immense succès des sciences expérimentales, ce n'est pas ce procédé de travail décrit par

Bacon, encore mieux analysé par Stuart Mill, Claude Bernard, John Herschell et Thomson and Tait, mais appliqué plus ou moins de tous temps. Les vérités expérimentales indiscutables ne sont pas celles qui ont été découvertes par la méthode expérimentale, mais celles qui sont vérifiables, contrôlables par l'expérience. C'est le contrôle expérimental qui donne à certaines vérités une autorité particulière, la certitude positive qu'elle ne pourrait avoir sans cela. A certains égards, l'exploration expérimentale et le contrôle expérimental doivent être mis en parallèle.

1°. — Le but du contrôle expérimental est de prouver une vérité déjà découverte. Elle s'adresse aux tiers, au public, à tout le monde si possible. L'inventeur énonce sa découverte en indiquant l'expérience qui en démontre la justesse et que chacun peut reproduire.

2°. — Le contrôle expérimental peut authentifier des vérités découvertes par un procédé quelconque, des vérités mathématiques et déductives, des observations simples aussi bien que les résultats de l'exploration expérimentale.

3°. — Comme l'exploration, le contrôle expérimental se fait de préférence sur des phénomènes artificiels, provoqués. Mais ce n'est ni pour l'un ni pour l'autre une condition essentielle. On peut se servir des faits tels qu'ils se présentent d'eux-mêmes. Il faut surtout que l'expérience soit facile ou relativement facile, pour être à la portée du plus grand nombre. Une vérité aura d'autant plus d'autorité qu'un plus grand nombre de personnes pourront réaliser l'expérience qui la confirme.

4°. — La méthode de recherche ou d'exploration scientifique est une méthode de tâtonnements. Un grand nombre d'expériences n'aboutiront qu'à des éliminations d'hypothèses et n'auront qu'un résultat négatif. Lorsqu'un savant après un grand nombre d'expériences négatives aura obtenu un résultat positif et voudra le faire connaître et admettre par tous, il n'aura pas à révéler toutes les phases de son travail jusqu'au moment du succès. Il fera la preuve en choisissant une ou quelques-unes des expériences qu'il a faites ; peut-être même

trouvera t-il un procédé de démonstration en dehors de tout le matériel de ses recherches. Donc l'expérience d'exploration et l'expérience de contrôle peuvent être identiques; elles peuvent être complètement distinctes. Il convient donc, à ce point de vue encore, de ne pas les confondre sous peine d'équivoque.

II. — *Le mécanisme de la méthode expérimentale.* — Si un penseur va puiser ses principes dans l'examen de la vie extérieure et s'il ne se réclame que de ceux qu'il est à même de prouver par l'expérience, personne, je suppose, ne lui refusera le titre de savant expérimental. Il n'est pas sûr, toutefois, qu'il emploie toujours les mêmes méthodes. Selon les circonstances, il pourra agir différemment.

1re hypothèse. — Un observateur se propose de rechercher les rapports entre l'état du ciel et la direction du vent dans une certaine localité. Il constate après plusieurs années d'observations régulières que le vent du nord correspond toujours à un temps clair. Il fait une induction sur la généralité de ce phénomène et s'en sert dans une certaine mesure pour prédire le temps à l'avance. Il fait part de sa découverte au public et chacun pourra aussi dans certains cas et dans certaines limites prédire ce temps.

La méthode sera dans cette hypothèse : séries d'observations sans idée préconcue, induction, vérification expérimentale par expériences non provoquées mais concluantes.

2me hypothèse. — Un observateur détient un liquide composé de trois liquides différents mélangés ensemble, et il sait que ce liquide est un poison. Chacun des trois liquides est-il toxique ou inoffensif? S'il possède un échantillon de chacun d'eux, il lui sera bien simple d'en faire avaler à un animal quelconque et d'être fixé sur leur caractère. Ici, l'expérience sert à découvrir la vérité; mais cette vérité une fois découverte pourra être vérifiée par tous ceux qui le désirent.

La méthode sera donc ici : observation, exploration expérimentale, vérification expérimentale en cas de doute.

Nous nous trouvons donc en présence de deux méthodes qui

cherchent les vérités par observation et les vérifient par l'expérience. La première emploie l'induction dont se passe la seconde. Celle-ci emploie l'expérimentation dans le sens étroit du mot et celle-là la néglige. Nous appellerons l'une inductive-expérimentale, l'autre expérimento-expérimentale. Elles ont toutes deux une valeur logique égale, il importe toutefois de ne pas les confondre.

A. Méthode inductive expérimentale. — « Observation », « induction », « vérification expérimentale » en constitue les trois phases. L'observation est la prise de contact avec la vie extérieure dans l'intention d'en comprendre ce que l'on est coupable de comprendre ; l'induction dégage une vérité générale d'une ou plusieurs constatations particulières, enfin la vérification expérimentale est un moyen de contrôle qui soumet la vérité générale résultant de l'induction à une ou plusieurs épreuves et la rend ainsi indiscutable.

Les trois opérations associées constituent une méthode expérimentale parfaite. Mais ce sont trois opérations distinctes et indépendantes qui peuvent fonctionner dans d'autres circonstances.

Ainsi l'observation peut ne pas aboutir à une induction, mais se contenter de noter les faits tels qu'ils se sont succédés. Les résultats de l'observation pourraient aboutir à des abstractions, analyses, classifications qui ne contiendraient pas d'induction proprement dit. Les faits observés pourraient être de telle nature qu'il soit impossible de les reproduire ou d'avoir d'autres faits auxquels on puisse les comparer.

L'induction ou la conclusion du particulier au général peut se faire sur toutes espèces de données quelle qu'en soit la nature et ne suppose pas nécessairement une observation de la vie extérieure. Le « je pense, donc je suis » de Descartes s'étend par voie d'induction à tous les hommes, « tous les hommes pensent, donc tous les hommes sont ».

Enfin la vérification expérimentale n'est indissolublement liée ni à l'observation, ni à l'induction. Elle est d'abord appliquée couramment à contrôler les résultats de sciences déduc-

tives et mathématiques. D'autre part, certaines inductions basées sur l'observation, de même que certaines observations sont invérifiables, expérimentalement. Il pourrait même y avoir expérience introspective. Si l'on dit par exemple : « Tous ceux qui verront ce spectacle seront saisis d'épouvante », chacun peut se convaincre par expérience de la vérité de cette proposition en allant voir le dit spectacle.

Nous nous trouvons donc en présence de trois opérations logiques distinctes. Chacune d'elles est recommandable à des titres divers.

1° L'observation, le contact direct avec la nature, dirigée par l'attention la plus tendue et accompagnée de la notation la plus scrupuleuse est le procédé le plus fécond pour la découverte de la vérité. Dans toutes les sciences concrètes, c'est celui qui donnera les meilleurs résultats. Dans beaucoup de science même, il est à peu près le seul qu'il soit raisonnable d'employer. Mais il peut fort bien arriver qu'un bon observateur ne trouve rien ou presque rien et qu'un mauvais observateur découvre une vérité scientifique de la plus grande portée. Ce sera l'exception ; mais il convient de l'indiquer afin de bien préciser que la valeur de l'observation n'est que relative et que sa productivité peut varier considérablement suivant les circonstances.

2°. L'induction est un procédé de logique très dangereux en pratique et contestable en théorie. Elle est la cause d'une multitude d'erreurs et de préjugés. Elle est d'un maniement extrêmement difficile. Les deux vertus de ceux qui l'emploient devraient être la prudence et la modestie. Ce n'est pas toujours le cas. Elle est pourtant indispensable à l'étude des sciences concrètes et peut le plus souvent trouver un correctif dans la vérification expérimentale par laquelle elle acquiert certitude et autorité.

3° La vérification expérimentale contrôle les vérités découvertes par déduction aussi bien que par induction, mais elle ne saurait intervenir que par rapport aux phénomènes dont on peut provoquer la répétition ou qui se répètent d'eux-

mêmes assez fréquemment pour pouvoir être observés par tout le monde.

B. Méthode expérimento-expérimentale. — Se présente sous des aspects fort divers que les logiciens n'ont peut-être pas très nettement exposés. Elle peut être très compliquée ou très simple suivant la nature de la vérité à découvrir. Elle comprend toujours à la fois des expériences de découverte que fait le chercheur afin de se former une conviction et des expériences de preuve qu'il indique au public afin que le public se forme une conviction. Les deux catégories peuvent être de même nature et se confondre en pratique ; mais elles restent toujours distinctes en théorie, car il convient que les deux buts soient réalisés.

Celui qui a découvert une vérité au moyen de recherches expérimentales peut se borner à indiquer au public comment il a procédé, afin que chacun puisse faire ce qu'il a fait et se convaincre comme il s'est convaincu. Il pourrait tout aussi bien indiquer un autre moyen de contrôle s'il en a un autre à sa disposition. Mais si, pour une raison ou pour une autre, les expériences faites une fois ne pouvaient plus se recommencer et qu'on ne pût fournir une autre expérience de contrôle, nous aurions bien une croyance acquise par la méthode expérimentale, mais non une vérité expérimentale. Ainsi dans le Horla de Guy de Maupassant, le héros convaincu qu'il est suivi par un être invisible fait une série d'expériences ingénieuses et positives qui lui prouvent à lui-même l'existence de ce horla. Mais les mêmes essais faits par d'autres personne ne donneraient pas les mêmes résultats. La méthode employée est bonne en tant que méthode ; mais, dépourvues de possibilité de vérification, les affirmations de l'expérimentateur ne rencontreront que des incrédules.

II. *L'observation, sa nature intime, ses progrès.* — On pourrait peut-être s'étonner de voir signaler l'observation comme procédé de recherche relativement récent dans les sciences physiques et tout récent dans les sciences intellectuelles. L'observation du milieu ambiant n'est-il pas le pre-

mier effort intellectuel que puisse accomplir l'homme le plus borné et même l'animal le plus primitif. Réduite à sa forme la plus simple, l'observation de l'huître sur son rocher, de l'abeille, du chien, du chat, de l'enfant, du paysan, du savant sont de nature identique. C'est pour chacun d'eux, le meilleur moyen de connaître ce qui les entoure autant qu'il leur est possible de le connaître. A ce point de vue, c'est pour tous et dans toute situation, la vraie méthode scientifique.

Il est pourtant bien évident que chacun de ces êtres parviendra par l'observation à des degrés de connaissance bien différents, par la simple raison qu'ils se trouvent dans des conditions matérielles et intellectuelles bien différentes. Au temps qu'il fait aujourd'hui l'huître, le chien, l'enfant, le paysan feront peut-être plus attention que le météorologue. Seul celui-ci fera des observations vraiment scientifiques car il est le seul bien outillé matériellement et intellectuellement. La qualité de l'observation dépend de la qualité de l'outil matériel et de l'outil intellectuel. Chaque fois qu'il se produit de grandes transformations dans l'outillage dont le savant peut disposer, les anciennes observations et les observations faites avec les vieux outils perdent de prestige et peuvent être complètement dégradées. Il en est de même lorsqu'il y a transformation de l'outil intellectuel que constitue le cerveau; chaque fois qu'il gagne en précision et en souplesse, il néglige le travail rudimentaire du passé et se croit le premier et seul véritable observateur. Ainsi l'observation, activité première de l'intelligence, de beaucoup la plus ancienne, nous apparaît toujours nouvelle et toujours à ses débuts.

L'outil intellectuel est le cerveau. Tout ce qui peut développer le cerveau développe sa puissance d'observation. Or ce qui développe le cerveau, ce n'est pas — ce n'est en tous cas pas uniquement — l'attention minutieuse à regarder les faits extérieurs. C'est tout le travail intérieur qui se fait ensuite — souvenir, comparaison, classification, interprétation, déduction — sur les impressions puisées dans la réalité. Il s'en faut d'ailleurs de beaucoup que ce travail intérieur soit toujours très

heureux au point de vue scientifique. Il peut entraîner l'esprit bien loin de la réalité, dans un monde de notions abstraites et souvent chimériques. L'intensité du travail interne peut lui faire oublier ou dénaturer ses observations premières et le détourner de regarder autour de lui.

Dans l'histoire de la pensée humaine, on rencontre bien souvent des disciplines qui semblent faire travailler l'esprit humain dans le vide. On a l'impression que ces efforts perdus pourraient être mieux employés. On se trompe peut-être. Même si l'objet du travail est totalement dénué d'intérêt, le travail en lui-même peut constituer une puissante gymnastique dont le cerveau sorte plus puissant et plus souple, prêt à observer la réalité avec mille fois plus de profit qu'autrefois.

La discipline du Droit romain au moyen âge n'a pas été une discipline vaine. Son œuvre positive concernant la technique juridique et l'organisation sociale est immense. On peut se demander toutefois si les services rendus par elle, en dehors du Droit dans la formation de l'intellectualité moderne, dans le développement de la puissance d'observation, ne sont pas encore plus considérables.

Il est à remarquer que les disciplines abstraites et qualifiées de scolastiques reposent presque toujours sur l'analyse. Leur mot de prédilection est le fameux *distinguo* si décrié et on ne peut nier que la pratique de toutes les casuistiques ne fasse gagner l'esprit en finesse et en subtilité. Or, la puissance de l'analyse détermine la productivité de l'observation. C'est elle qui permet de discerner des ressemblances et des dissemblances de plus en plus délicates, de découvrir, en un bloc qui paraît amorphe, un organisme judicieusement agencé. Elle est l'instrument intellectuel que l'on peut comparer au microscope. C'est à cause de leur inégalité de puissance d'analyse que l'animal, l'homme simple et le savant feront des observations de valeur inégales.

Ainsi le cerveau humain est un tout; il n'est pas composé d'une partie déductive et fausse, d'une partie inductive et juste; il ne lui est pas permis de choisir pour parvenir à la

vérité entre réflexion et observation. Car l'observation elle-même est constituée d'éléments déductifs qui déterminent sa puissance.

On doit en conclure que, quant à ses résultats, l'observation vaut ce que vaut l'intelligence qui y procède. Elle n'est pas un instrument qui fonctionne tout seul. Elle demande de la précision de pensée pour être employée avec sûreté et de la force d'analyse pour être maniée avec profit. Mais en tant que méthode, elle est justifiée même pour ceux qui n'en tirent rien ou aboutissent à des résultats erronés. Elle est pour tous, le seul moyen d'obtenir la vérité extérieure. A ce titre, elle conserve un caractère logique et scientifique indéniable, même lorsqu'elle est mal conduite. On ne peut demander à chacun que de faire ce qu'il peut et d'employer les outils qu'il a à sa disposition, ces outils seraient-ils défectueux.

Il convient de faire une seconde réserve fort importante.

L'observation découpe arbitrairement dans la réalité les groupes de faits qu'elle fait passer dans notre connaissance ; de telle sorte qu'elle nous révèle non la réalité pure, mais un monde artificiel fait avec des éléments réels. Dans la réalité, les éléments distingués co-existent avec une foule d'autres éléments pour nous inconnus par rapport auxquels ils n'ont souvent qu'une importance minime. Tandis qu'étant plus ou moins isolés dans l'ensemble de nos connaissances, ces éléments prennent un relief qui les défigure. C'est un fait dont il faut savoir se rendre compte. Ainsi dans la composition de l'histoire choisit-on certains faits auxquels on donne la qualification de « faits historiques ». Cette qualification ou disqualification est purement arbitraire et subjective. Elle ne saurait avoir la moindre valeur scientifique.

III. *L'observation juridique et historique.* — Celui qui veut connaître les dispositions positives d'une législation donnée, qu'il veuille s'instruire par l'enseignement écrit ou l'enseignement oral, ne fait pas œuvre d'observation. Il se borne à comprendre ce qui lui est dit ou ce qu'il lit et à l'enregistrer dans sa mémoire. Il en serait ainsi alors même qu'il ne s'en tiendrait

pas à une seule législation et qu'il voudrait connaître les institutions d'un certain nombre de pays. Notre méthode ne fait donc pas partie de l'éducation du jurisconsulte pratique.

Il est d'ailleurs assez difficile de distinguer nettement entre le juriste qui apprend et le juriste qui observe. Ils font matériellement les mêmes actes : ils lisent ou écoutent. Mais l'un veut enregistrer dans sa mémoire ce qui parvient à sa connaissance ; l'autre fait des rapprochements, des comparaisons entre les faits qui lui sont ainsi communiqués. Ces comparaisons peuvent d'ailleurs aboutir à de simples classifications ou avoir de plus grandes ambitions. Le criterium est en tous cas purement intellectuel et partant assez difficile à saisir. L'effort personnel du travailleur, son initiative ne commence pas à la constatation des faits qui lui sont fournis par autrui, mais par la constatation des rapports entre ces faits. De là, une différence avec l'observation dans les sciences physiques.

L'histoire du Droit, comme l'histoire générale n'est pas une observation du passé, mais de ce qui a été écrit dans le passé et sur le passé. (Il faut mettre à part les sciences auxiliaires, telles que l'archéologie, la numismatique..., etc.) Observer en histoire, revient à lire, quoique toute lecture ne soit pas une observation, comme on a toujours étudié l'histoire en lisant, la méthode en elle-même n'a guère changé. Mais ici comme ailleurs les outils matériels, et les outils intellectuels se sont perfectionnés.

Beaucoup parmi les historiens n'ont d'autre intention que de recueillir des matériaux ou les rendre plus facilement accessibles. Recherches de textes inconnus, publications de textes inédits ou d'éditions correctes, traductions en une langue moderne, interprétations des textespour en fixer le vrai sens, compilations de textes sur un même sujet, tous ces travaux, dont l'importance ne saurait être exagérée, peuvent être considérés comme des perfectionnements de l'outillage de l'observation historique et non comme observation historique proprement dite. Le document est par excellence l'outil de l'observateur historien, comme de l'observateur juriste, et c'est par rappro-

chements de documents qu'ils travaillent l'un comme l'autre.

La narration historique qui se borne à résumer un document ou à combiner plusieurs documents pour les faire mieux connaître au public n'est qu'un travail de reproduction et de simple forme. Elle ne peut prétendre dévoiler une nouvelle vérité. Mais elle crée simplement un instrument de travail qui peut être de grande valeur.

La critique historique qui rapproche les documents pour les contrôler et établir le degré de confiance que l'on peut avoir en chacun, peut se réclamer de la méthode d'observation et prétendre sans conteste au titre de scientifique. Elle aboutira, le plus souvent, à la création d'un nouvel instrument de travail plus perfectionné que ceux dont on s'est servi jusqu'alors.

L'observation juridique peut se faire dans le présent, dans le passé, dans le présent et le passé; elle est donc aussi observation historique. Elle se perfectionne intellectuellement par les progrès de l'analyse, par la subtilité à isoler les objets soumis à l'examen et à multiplier les points de vue d'après lesquels on dirige cet examen.

Dans la matière juridique, on distinguera entre l'étude des diverses institutions, — des buts sociaux à réaliser, — et les fonctions du Droit proprement dites : politiques, législatives, judiciaires ou doctrinales. C'est un champ infini d'exploration qui s'offre au chercheur et dont on peut seulement indiquer les grandes classifications.

L'étude des relations entre un élément juridique et un élément étranger au Droit n'a pas encore de nom bien précis dans la science quoiqu'elle soit pratiquée depuis fort longtemps. Ainsi les relations entre mariage et mortalité, droit d'aînesse et population ont attiré l'attention de bien des penseurs. Presque toutes les institutions ont été considérées en rapport avec une notion économique, géographique... etc. Pour le Droit proprement dit et la technique juridique des rapprochements de cette nature pourraient être aussi nombreux et aussi fructueux. La vie, les mœurs, les croyances influent en effet sur la forme du Droit. Ainsi l'existence chez un peuple

d'un livre considéré comme sacré ou ayant une autorité considérable modifiera la technique de l'interprète.

Le rapprochement des éléments juridiques entre eux peut créer des disciplines assez diverses qui se ramènent à l'un des quatre types suivants :

1er Type. — Rapprochement de co-existence. Il consiste à mettre en parallèle un ou plusieurs éléments juridiques existant à un moment donné et précis dans un certain nombre de pays. Le Droit comparé rentre dans cette catégorie. Il consiste en général à mettre en parallèle le Droit de certains pays en se plaçant au moment ou écrit l'auteur. Il pourrait se faire pour une date quelconque du passé sans changer de caractère.

2me Type. — Rapprochement de nature. Il consiste à dégager certains éléments ou solutions juridiques tels qu'ils ont pu se présenter à une époque quelconque, dans le passé tout aussi bien que dans le présent, sans tenir aucun compte de la notion de temps

3me Type. — Rapprochement chronologique. Il consiste à suivre un élément juridique à travers le temps, dans une certaine période ou dans l'ensemble de l'histoire en suivant l'ordre de ses réalisations effectives.

4me Type. — Rapprochement d'évolution comparative. Il consiste à mettre en parallèle, l'évolution de certains éléments juridiques dans un certain nombre de civilisations qui n'ont pas été contemporaines, mais que l'on considère fictivement comme telles. Ainsi l'évolution du Droit successoral romain, hébraïque, musulman, germain.

Nous ne prétendons pas que cette classification soit parfaite, ni définitive. Le même travail peut évidemment être effectué tantôt à un point de vue, tantôt à un autre. Mais l'analyse observatrice doit être capable de distinguer entre les divers types de rapprochements juridiques, car ils n'ont pas la même portée et doivent aboutir à des résultats divers de nature.

Ainsi à simple titre d'exemple :

1o Le rapprochement de co-existence permet de connaître les tendances particulières à chaque peuple, son état de civili-

sation à un moment donné, les institutions qui s'harmonisent entre elles... etc.

2° Le rapprochement de nature permet de dégager les éléments permanents du Droit et ses éléments temporaires. Elle nous présente la plus grande richesse de formes juridiques pour réaliser tel ou tel but social.

3° Le rapprochement chronologique dévoile, entre autres, les influences successives que les diverses civilisations peuvent avoir eues les unes sur les autres.

4° Enfin, par le rapprochement d'évolution comparative, on peut observer les tendances générales des transformations juridiques sous l'influence de la civilisation.

IV. *Expérience et vérités juridiques.* — Les diverses observations faites sur le Droit du présent et du passé aboutissent à des propositions inductives valant exactement ce que valent les observations dont elles résultent. Le travailleur a-t-il été consciencieux, méticuleux dans son examen, s'est-il entouré de nombreux documents, son œuvre aura de l'autorité ; se montre-t-il superficiel, peu documenté, ses affirmations n'auront aucune valeur. Les propositions inductives juridiques des quatre types précédemment exposés peuvent-elles se transformer en vérités expérimentales?

Les uns l'affirment ; d'autres le nient. Que faut-il en penser?

A. Il convient de rapporter pour mémoire le très vieil argument des partisans de la négative. Les faits sociaux et par suite les faits juridiques ne peuvent être provoqués artificiellement ; par conséquent ils ne peuvent être l'objet d'expériences proprement dites.

Cette objection a été depuis longtemps écartée. L'expérience artificielle a ses avantages, mais n'est pas indispensable. Beaucoup de sciences naturelles fournissent des vérités expérimentales qui peuvent être sûrement contrôlées par la simple observation des faits naturels. Ainsi, bien que nous ne puissions faire ni la pluie ni le beau temps, nous pouvons avoir des indications certaines sur quelques-unes des causes qui provoquent la pluie ou le beau temps.

B. A l'inverse les partisans de l'affirmative qui veulent assimiler les propositions expérimentales des sciences sociales à celles des sciences physiques, avancent un argument lui aussi dénué de valeur. Ils font remarquer qu'on peut, en confrontant les données historiques et les données du présent, employer les méthodes d'exploration expérimentale décrites par Stuart Mill : de *concordance*, de *différence*, des *variations concomittantes*, des *résidus* et plus particulièrement le troisième de ces procédés celui des *variations concomittantes*. Ce fait est incontestable; la méthode comparative n'est pas autre chose et elle est usitée dans tous les domaines du Droit. Ainsi veut-on connaître les relations entre pouvoir de l'Etat et Droit pénal, succession et régimes matrimoniaux, ce sont à des observations comparatives ou des expérimentations comparatives qu'il faut avoir recours. Il s'agit ici d'un procédé d'exploration, de recherche, très recommandable à tous égards, mais il ne suffit pas à donner à ses résultats l'autorité expérimentale. Il ne suffit pas qu'un savant ait employé une bonne méthode pour emporter la conviction générale ; il doit fournir en outre un moyen de contrôle de ses affirmations qui soit à la portée de tous ou — tout au moins — d'un grand nombre de personnes.

C. C'est la possibilité et la facilité de contrôle qui donnent l'autorité aux vérités scientifiques expérimentales. Le plus incrédule peut se convaincre par lui-même ; la vérité découverte ne peut plus être mise en question. De là résulte une conviction générale et définitive basée sur des constatations objectives et non d'une communauté d'opinion purement subjective et changeante. Les sciences à contrôle expérimental parfait enregistrent leur résultat et des constatations faites s'élèvent à d'autres constatations plus complexes qui seront elles aussi solidement établies ; la vérité acquise prépare d'autres vérités. Lent ou rapide le progrès est assuré.

Quand y a-t-il contrôle expérimental parfait ?

1° Le contrôle expérimental doit être rapide, facile, à la portée de tous même des ignorants. Plus l'expérience de con-

trôle s'éloigne de ce type, plus la vérité qu'elle garantit perd sa qualité d'expérimentale.

2° Le contrôle doit être indépendant de la personne de l'inventeur. Ainsi malgré toutes les précautions que l'on peut prendre pour éviter les fraudes, des expériences de spiritisme restent suspectes parce qu'elles exigent la présence de certaines personnes intéressées à tromper le public.

3° Il doit fonctionner à peu près à coup sûr. Les expériences ratées doivent l'être uniquement par suite de la maladresse du débutant ou de circonstances exceptionnelles. Après un peu d'habitude et de précision les ratés doivent être éliminés.

En cas d'expérience provoquée où l'on peut isoler les phénomènes, on arrive assez facilement à obtenir des réussites à peu près constantes ; en cas d'expérience sur faits naturels, on est obligé de prendre les choses telles qu'elles se présentent et elles ne se présentent pas toujours bien. Le résultat auquel on serait en droit de s'attendre ne se produit pas parce qu'un fait inattendu, étranger à celui qui intéresse, est venu le couper dans son action. L'expérience est ratée. Sans doute, on pourra souvent expliquer cet échec et en donner de très bonnes raisons. Mais ce qui est raté est raté ; une prévision qui ne se réalise pas est une mauvaise prévision. La valeur de la vérité qui a échoué dans l'épreuve n'est pas en jeu ; elle peut être incontestable. Mais ce n'est plus ou ce n'est qu'à un faible degré une vérité expérimentale.

Car, il faut bien le dire, des vérités expérimentales il y en a de tous calibres et de toutes qualités. Si les unes sont indiscutables d'autres n'ont qu'une autorité très relative. C'est une vérité expérimentale très officielle à l'heure actuelle que le meilleur bouillon n'a aucune valeur nutritive et qu'un kilo de lentilles est aussi nourrissant qu'un kilo de viande, plus un kilo de pain. On a fait sur des chiens des essais qui ont été absolument concluants, paraît-il. Sans offenser personne, il est encore permis de s'en tenir au consommé et aux biftecks. Lorsque chacun pourra avoir assez de chiens et assez de viande pour refaire l'expérience des honorables physiologues,

leur vérité imparfaitement expérimentale le deviendra complètement et chacun s'empressera d'abandonner la viande pour les lentilles.

Qu'en est-il des observations sociales et juridiques :

1°. — Celui qui, après avoir parcouru une série de textes, a découvert un principe de développement juridique ou une vérité de cette nature, ne peut comme preuve de ce qu'il avance offrir que son propre travail. Celui qui voudra contrôler les conclusions de ce travail sera obligé de le suivre pas à pas, de contrôler tous les documents et de voir s'ils ont été bien interprétés et s'ils justifient la thèse de l'auteur. De telle sorte que le critique qui voudrait exercer à fond sa critique aurait autant à faire que l'auteur lui-même.

2°. — Même un examen de cette nature ne serait pas suffisant. L'auteur nous a peut-être conduit sur une fausse voie. Il a pu consciemment ou inconsciemment dissimuler des faits qui ruineraient ses affirmations. Il faut le contrôler non plus sur ses propres documents mais sur des documents nouveaux.

3°. — Enfin la réalité ne donnera que des phénomènes très complexes. Les concordances annoncées ne se produiront pas ; les prévisions, avorteront ; les épreuves, tourneront à mal, sans même que les vérités découvertes soient fausses, uniquement par l'impossibilité de faire des expériences dans des conditions voulues.

La vérification expérimentale en matière de science sociale est fort pénible. Elle ne peut émaner que de spécialistes et le gros public a raison de s'en méfier.

Pour faire une critique sérieuse et consciencieuse d'un principe historique ou juridique un peu important émis par un auteur, il faut quelques années de travail. Ces quelques années d'études qui ont pu convertir le critique ne convertiront pas encore tout le monde. Bien souvent des théories élaborées avec beaucoup de labeur et de précision scientifique n'arrivent jamais à se faire leur place dans la science parce que personne de suffisamment autorisé ne s'est consacré à leur examen.

Donc les sciences sociales ne sont actuellement que très imparfaitement expérimentales.

Elles sont toutefois expérimentales jusqu'à un certain point La vérification n'est pas facile, mais elle est possible. Elle ne s'effectuera pas en un jour, mais avec le temps, après des années et des années. Ainsi les preuves de l'existence du matriarcat se sont amoncelées de tous côtés et dans toutes les législations après que l'institution eut été découverte chez un certain nombre de peuples. Un grand nombre de points de l'histoire du Droit peuvent être considérés comme vérifiés par l'expérience.

Enfin on peut espérer que l'on pourra trouver des procédés de vérification expérimentale plus simples, plus rapides, à la portée de tous ou de presque tous. Réservons l'avenir qui peut-être voudra bien ne pas oublier le domaine de l'intellectualité dans la distribution de ses faveurs.

Pour le moment, ceux qui dans la science de l'histoire et du Droit arborent le drapeau expérimental et se proposent de merveilleuses conquêtes, n'ont rien changé aux plus vieilles méthodes. Ces vieilles méthodes sont bonnes sans doute et il ne convient nullement d'y renoncer. Ce sont les meilleures, si elles ne sont pas trop prétentieuses. Elles méritent autant de sympathie que de méfiance.

V. — *La méthode expérimentale et l'élaboration du Droit.* — Nous avons envisagé ici la méthode expérimentale comme moyen de connaissance du Droit sous tous ses aspects, et ils sont infinis. Connaissance des éléments juridiques, des relations entre ses éléments, des institutions, des relations entre institutions, des relations entre le Droit, les institutions et la vie extérieure, on peut tout espérer d'une observation scientifiquement conduite au point de vue abstrait aussi bien que concret. Cette connaissance théorique du Droit a évidemment de grands avantages pratiques. Le législateur a grand intérêt à savoir que telle institution qu'on lui propose d'adopter fonctionne dans tel pays, a fonctionné autrefois dans telles circonstances et donne ou a donné tels résultats. Faisons-nous

d'ailleurs autre chose dans la vie privée quand nous cherchons des exemples pour nous diriger? Les législateurs les plus primitifs se sont aussi guidés sur les exemples du passé ou sur les exemples des voisins. Les sages des civilisations anciennes aimaient à habiter les ports, à causer avec les gens de mer qui leur décrivaient les mœurs des villes où ils avaient abordé. C'était leur façon de faire du Droit comparé. De nos jours, les enseignements du présent et du passé abondent et sont de plus en plus positifs et précis; la méthode est la même; elle est éternelle.

L'expérience est de bon conseil ; il est raisonnable de l'écouter. Mais rien de plus ; autant ce principe est juste autant il serait faux de forcer les termes et d'énoncer : « L'expérience nous donne des directions scientifiques que nous devons suivre dans l'élaboration du Droit. »

Et cela pour un certain nombre de raisons péremptoires dont voici les principales :

I. — A mesure que nos méthodes d'observations deviennent plus puissantes pour le présent et pour le passé, elles nous éclairent avec plus de force sur la complexité et les difficultés des problèmes sociaux. Ce qui est identique pour une observation grossière est tout à fait dissemblable pour une observation minutieuse. Par suite une réforme doit être appréciée non seulement par ses résultats dans tel ou tel pays, mais dans ses rapports avec la mentalité, la législation... etc... des pays dans lesquels on veut l'introduire. Encore ne serait-on sûr de rien au moins dans l'état actuel de la science.

II. — Pourrait-on déterminer avec certitude les effets que produira une réforme donnée dans un pays donné, ce ne pourrait être que les effets principaux et tout au plus quelques effets secondaires. Il serait mathématiquement impossible de prévoir tous les effets secondaires, tertiaires... etc... et d'en connaître l'importance. Une conséquence très accessoire et très éloignée d'une réforme pourra être tellement fâcheuse que les plus chauds partisans de l'effet principal en reculeraient d'épouvante, s'ils pouvaient la connaître.

III. — En inventant l'hypothèse idéale et irréalisable d'une recherche expérimentale et susceptible de faire connaître tous les effets d'une disposition juridique donnée, on ne peut conclure que l'obligation de l'accepter ou de la rejeter soit scientifiquement imposée. Ainsi que nous avons eu bien des fois l'occasion de le dire : aucun état de connaissance ne peut imposer scientifiquement un acte de volonté.

Des vérités aussi évidentes n'auraient pas besoin d'être formulées. Mais les mots « expérience », « expérimental », « observation » ont tellement de prestige que même avant d'avoir constitué un fonds d'expérience un peu solide, on a voulu placer des systèmes de philosophie du Droit ou des méthodes législatives, sous la protection de la fameuse méthode.

Ces théories pseudo-expérimentales sont nombreuses et il nous suffira d'en citer deux types assez différents.

I. — Un assez grand nombre d'auteurs cherchent à trouver par l'expérience et l'observation un fait commun à toutes les sociétés. Sur ce fait commun, établi par l'observation, sera fondé un principe général capable de diriger dans la confection des lois et l'appréciation des institutions. L'observation première étant scientifique et expérimentale les appréciations qui en découlent comme des conséquences doivent être scientifiques et expérimentales, croient-ils.

En voici un exemple fort connu :

« L'homme vit en société ». On peut considérer cette proposition comme sufffsamment ètablie par l'expérience. Cette constatation première se déforme par transitions insensibles en des propositions qui s'éloignent de plus en plus de la vérité expérimentale pour devenir de vrais principes de morale arbitrairement posés et dont on pourra déduire tout ce que l'on voudra.

« Les hommes vivent en société », « l'homme est un être social », « l'homme ne peut se développer que dans la vie sociale », « les aspirations de l'individu ne peuvent se réaliser que par l'existence de la société », « plus la société sera forte plus l'individu sera heureux », « les hommes d'un même

groupe sont solidaires les uns des autres », « le but de la vie individuelle est de contribuer au développement du corps social »... etc... etc... Un théoricien habile multipliera les transitions de telle sorte que le moment où il faudrait dire « Passez muscade » devient presqu'impossible à préciser. Du fait que vous aurez avoué avoir du plaisir à causer avec des amis autour d'un bon repas, vous serez scientifiquement et moralement condamné en vertu des subtiles substitutions de l'habile dialecticien à remplir telle ou telle « fonction sociale » qui vous répugne profondément.

Certaines théories de cette nature sont présentées avec beaucoup de talent, de pondération et constituent des constructions morales et sociales tout à fait séduisantes. Elles peuvent avoir leur utilité pratique, mais — ainsi qu'on l'a d'ailleurs depuis longtemps remarqué — elles n'ont aucune espèce de caractère scientifique ni expérimental.

II. — L'analyse nous oblige à distinguer entre les pseudo-expérimentaux deux méthodes qui sont logiquement indépendantes l'une de l'autre. Mais elles sont souvent mises en œuvre par les mêmes auteurs.

Celle que nous venons d'exposer consiste à rechercher par l'observation « le fait fondamental de toute société humaine » pour en déduire une morale et une politique sociale. La seconde fait de l'observation un usage plus constant, sinon plus heureux. C'est par l'examen de chaque institution, de chaque principe de Droit ou de morale dans le présent et dans le passé que l'on espère guider le législateur dans une voie sûre et scientifique. Il suffit pour cela d'une seule hypothèse; il suffit de supposer que le monde moral et social évolue continuellement dans la même direction, en droite ligne, pourrait-on dire. Il est alors facile par la comparaison du passé et du présent d'avoir ces *directions*. Veut-on savoir ce que sera la famille, la propriété, le Droit pénal, le Droit public de demain, on n'a qu'à étudier dans quel sens ces institutions se sont transformées depuis dix, vingt, trente, cent, deux cents... etc... ans. Les mêmes transformations iront en s'accentuant de plus

en plus ; il nous est donc facile de savoir ce que chaque institution, chaque principe de Droit, chaque principe de morale tend à devenir et deviendra nécessairement. Le rôle du législateur est de diriger ces transformations nécessaires, de les réaliser sans heurt, de les précipiter ou de les ralentir suivant les circonstances.

Cette thèse peut être présentée sous une forme très scientifique en faisant appel aux « lois d'évolution », aux « formules de changement et de transformation », à « l'orientation de l'homme et de la société vers un état donné ». Mais la logique la plus vulgaire met en pratique, sans recourir à aucune formule philosophique, des raisonnements absolument identiques. Rien n'est plus banal que de juger demain par aujourd'hui. C'est un vice de l'esprit dont on a bien de la peine à se corriger. S'il fait beau aujourd'hui, il nous semble qu'il fera toujours beau ; telle entreprise est-elle prospère, elle ne saurait que prospérer davantage; une valeur est-elle en hausse, on se l'arrache. Quelle déception le jour de la première baisse, cette baisse va sûrement aller en s'accentuant et la panique s'empare de tous les esprits. Le vin se vend-il bien, tout le monde plante de la vigne; y a-t-il mévente, on l'arrache. Dans toutes les circonstances de notre existence, nous voyons demain sous les traits d'un aujourd'hui grossi dans tous les sens; nous trompons souvent, très souvent.

Vers la fin du XIXe siècle, des économistes très sérieux — pour ne pas citer Robida — affirmaient que le taux de l'intérêt irait toujours en baissant. En 1920, il devait être d'un demi pour cent, au plus. La question sociale était par le fait résolue. Personne ne pouvant vivre de la fortune acquise, chacun allait être obligé de se mettre au travail. Par la force des choses, « labeur et vertu » allait devenir la devise du XXe siècle. Ici, comme partout la « loi morale était virtuellement dans la loi scientifique. »

Cette théorie de l'évolution morale et sociale par l'emploi de la méthode expérimentale et inductive était et est peut-être encore la théorie officielle dans l'enseignement secondaire.

On l'enseignait dans les lycées comme parole d'Evangile. Elle a l'avantage de créer à bon marché une morale d'apparence scientifique capable d'avoir du prestige sur une jeunesse un peu irréfléchie. Nous n'en discuterons pas les mérites en tant que procédé d'éducation civique.

Au point de vue scientifique, est-il besoin de dire que cette méthode n'a d'expérimental que le nom. Que sur l'avenir social et moral, le présent et le passé puisse donner des *directions*, c'est ce que l'histoire dément aussi nettement que possible. En tous cas, ce serait une preuve à faire et le plus audacieux ne pourra affirmer qu'elle soit faite.

Aussi est-il regrettable qu'un certain nombre de travaux sérieux ayant forcément coûté de gros efforts aient cru devoir prendre comme base une théorie philosophique aussi complètement insoutenable. Ils en perdent une grosse part de leur valeur.

Voici par exemple un jeune juriste plein de conscience et de zèle scientifique; il veut savoir quel est l'avenir de la propriété individuelle et jusqu'à un certain point quelle est sa légitimité et son utilité. Pour cela, il recourt à l'observation historique. Il croit constater, dans un examen un peu superficiel, que depuis les débuts de la féodalité jusqu'à nos jours et plus particulièrement depuis cent ans, les droits des propriétaires ont été soumis à des entraves de plus en plus nombreuses. Quelle est la valeur de cette constatation pour la prévision de l'avenir, l'appréciation de l'utilité, la construction de notre institution? Elle n'en a aucune d'aucune espèce. Il y aura des changements sans doute ; dans quel sens, personne n'en sait rien et si le long travail n'a d'autre but que de nous fixer à cet égard, il est totalement inutile.

Terminons en constatant que de tous temps, on a pu faire de bonnes et de mauvaises observations. Que l'on peut beaucoup attendre pour l'avenir d'observations et d'expériences bien conduites. En attendant, méfions-nous sérieusement des pseudo sciences expérimentales.

§ 2. — **Les catégories juridiques.** — Nous appellerons vérités catégoriques celles qui sont susceptibles d'être connues en dehors de toute expérience par seul effort intellectuel. Au-dessus du monde physique, elles pré-existent à la connaissance et sans elles toute connaissance serait impossible. Tout en étant des formes de la pensée, elles sont indépendantes de notre constitution cérébrale et de notre psychologie. Nous arrivons à connaître les vérités catégoriques, nous ne les créons pas. Elles sont déterminées avant que nous les déterminions. Elles n'ont rien de subjectif et quoique dénuées de réalité corporelle et physique, elles ont une réalité abstraite qui peut s'imposer à la logique comme à l'expérience.

Que de telles vérités existent, on ne saurait le mettre en doute : Toutes les vérités mathématiques sont de cette nature; la logique inductive aussi bien que déductive porte aussi les mêmes caractères. L'expression « vérité catégorique » est-elle satisfaisante? Les catégories d'Aristote et surtout de Kant : la quantité, la qualité, la relation, la modalité ont bien comme caractéristique d'être des formes de la connaissance qui ont pré-existé à toute connaissance, qui existaient avant que l'homme les aient comprises et qui existeraient alors que l'homme ne les comprendrait pas. C'est par extension de cette terminologie que — sans nous assujettir à aucun système — nous donnerons la qualification de « catégorique » à toute vérité qui présente ces caractères. Toute n nous rendant compte que, si ce même mot a été pris, dans d'autres ouvrages, dans un sens assez analogue, il l'a été également dans des sens très différents.

Il est d'une importance capitale, au point de vue philosophique et logique de constater si dans une discipline donnée, il existe des éléments catégoriques ou s'il n'en existe pas. Tant qu'on n'a pas procédé à cet examen, il n'est guère permis de prétendre connaître la nature de cette discipline. Or ce ne sont pas uniquement des sciences abstraites qui contiennent des vérités catégoriques. Certaines branches du savoir humain qui touchent à l'homme et étudient certains

éléments de la civilisation humaine sont dans ce cas. Citons notamment la science du langage. Chaque langue s'est formée sous l'influence de causes extrêmement variéés, et il faut remonter le cours de l'histoire pour en saisir quelques-unes. Tout vocabulaire quelconque est purement arbitraire ou si l'on veut conventionnel en ce sens qu'il n'y a aucun lien rationnel entre une idée ou un objet et un son ou un signe quelconque, et que tous les sons sont également qualifiés pour représenter tous les objets. C'est donc un simple choix dû à des circonstances variées, mais un choix arbitraire qui a uni un nom à la chose qu'il représente. Le mot français « chapeau » représente l'objet que l'on met sur la tête aussi légitimément que le mot anglais « head ». Toutes les langues à cet égard sont sur le même pied.

Il n'en est pas de même des règles de grammaire. Elles dépendent sans doute de l'usage, mais suivent de plus ou moins près un type abstrait, une grammaire pure qui représente les fonctions logiques du langage. Ces fonctions logiques du langage, l'homme les découvre peu à peu par la réflexion; chaque dialecte s'y conforme dans une certaine mesure et les néglige dans une certaine mesure. Mais on ne peut leur dénier une existence indépendante de la psychologie humaine.

Si on veut répondre affirmativement à la question : « Avez-vous le chapeau? » On peut employer un nombre indéfini de signes : un signe de tête, le monosylabe « oui »; un anglais dira « I have »; un français « Je *l*'ai ». Mais aucun de ceux qui auront formulé ces diverses réponses, n'auront complètement répondu d'une façon logique. L'interrogateur pour comprendre leur pensée sera obligé de compléter le travail et de rétablir la forme « J'ai le chapeau ». Le sujet pronom, le verbe, l'article défini, le substantif complément direct sont autant d'éléments catégoriques que l'esprit humain peut ignorer, dont les grammaires positives peuvent se passer, mais qui n'en sont pas moins nécessaires à l'expression de la pensée logique.

Dans ce sens, de deux expressions qui remplissent un rôle social identique, — communication de la pensée avec toutes

ses nuances d'un esprit à un autre, — nous pourrons dire que l'une est plus juste que l'autre si elle est plus conforme à sa fonction logique. Ainsi La Fontaine intitule une de ses fables « *Le* Lièvre et *la* Tortue », et nous comprenons même sans réflexion que ce titre équivaut exactement à celui du fabuliste arabe Loqmân « Sulahfatun wa Arnabun », « *un* Lièvre et *une* Tortue ». Mais on conviendra que cette dernière forme est plus juste, car au moment où est énoncé le titre de la fable le lièvre et la tortue dont il sera question ne sont nullement déterminés pour nous.

De même que les fonctions logiques et catégoriques du langage sont indépendantes des fonctions sociales du langage, de telle sorte que les grammaires des dialectes les plus divers ne les présentent que sous forme fragmentaire et mutilée, de même les fonctions logiques et catégoriques du Droit apparaissent dans les diverses civilisations sous forme fragmentaire, mutilée et indépendante des fonctions sociales du Droit. Le rapprochement entre les deux disciplines me semble le meilleur moyen de mettre en relief la notion du catégorique juridique. Car le Droit est, lui aussi, composé d'éléments purement conventionnels et d'éléments logiques; ces éléments logiques, la pratique juridique des divers pays peut les ignorer ou les connaître; mais de même que le sens parfait de la phrase ne peut être rendu que par la grammaire pure, le sens parfait du précepte juridique ne peut être établi que conformément aux principes catégoriques du Droit.

Mais la science juridique est plus complèxe que la science linguistique et c'est pourquoi celle-ci convient particulièrement bien à certains égards à expliquer celle-là. La science juridique est faite d'éléments multiples dont on peut dégager : les buts sociaux, institutions; la technique artificielle, construction; la logique pure, les catégories; la métaphysique, philosophie du Droit ou notion du juste et cette énumération n'est pas limitative. Ces modes de penser se rapportant au Droit sont de nature si différente que leur mélange et leur confusion dans une discussion où l'exposé d'un système rend

le tout absolument incompréhensible. C'est pourquoi il est si difficile de préciser la portée et le sens de tant d'ouvrages de théorie et de dogmatique juridique.

Pendant des années et des années, en lisant des ouvrages de Droit abstrait par lesquels il était permis d'espérer prendre contact avec une vraie philosophie du Droit, je me suis senti ballotté entre la croyance admirative et le plus complet scepticisme ; telle notion, telle affirmation, telle discussion me paraissait du plus solide et du plus profond intérêt, telle autre notion, affirmation, discussion présentées sous la même forme et avec autant d'insistance dans le même ouvrage n'était plus que verbiage et futilité. Je me demandais souvent si l'évidente nullité de certains passages devaient entraîner la condamnation en bloc du tout, ou si l'évident intérêt de certains autres devait emporter une adhésion générale qu'il me paraissait bien difficile d'accorder.

Ce n'étaient qu'impressions personnelles. Je suis maintenant convaincu que des trésors d'ingéniosité et de subtilité pourront être dépensés sans faire avancer d'un pas dans la connaissance de la nature du Droit si on s'obstine à mélanger et à traiter par les mêmes procédés des notions qui logiquement n'ont rien de commun. Parmi les distinctions qu'il convient de faire, celle du catégorique juridique est une des plus délicates et des plus importantes. Il faut d'ailleurs reconnaître que si cette distinction n'est pas encore classique, de nombreux penseurs ont travaillé à la dégager sans peut-être l'avoir encore suffisamment mise en évidence.

I. *Les idées catégoriques dans la littérature juridique.* — Il faut à l'esprit humain un certain temps avant qu'il puisse comprendre comment il doit aborder les divers problèmes de la connaissance. Bien souvent, il a le tort de vouloir trancher par la réflexion ou la discussion des questions sur lesquelles l'observation et l'expérience seules peuvent le renseigner. Moins souvent, mais souvent aussi, il demande à l'expérience ce que l'expérience ne peut lui donner ou ne lui donner que difficilement.

Aussi voit-on parfois les diverses disciplines changer de méthode. Bien souvent après avoir argumenté à perte de vue sur des problèmes insolubles par la raison, on s'aperçoit qu'il vaut beaucoup mieux consulter les faits positifs et l'on substitue la méthode expérimentale à l'a priori. Le cas inverse la substitution de l'a priori à la méthode expérimentale est plus rare : il peut se présenter aussi. On peut citer les mathématiques ; on peut citer aussi l'étude des catégories juridiques qui encore confuse est pourtant poursuivie depuis un certain temps sous des noms divers.

Il est très vraisemblable sinon sûr que les sciences mathématiques sont sorties de l'expérience, ce qui d'ailleurs n'en change pas la nature. Même de nos jours, bien des gens qui ne sont pas très fixés sur les principes, résolvent des problèmes en mesurant une figure, ou en essayant tour à tour un certain nombre de solutions pour voir si elles sont justes. Ces tatonnements ne sont pas autre chose que des expérimentations. On pourrait imaginer, disent les mathématiciens, une géométrie purement expérimentale ; on y aurait établi les rapports entre l'hypoténuse d'un triangle rectangle et les autres côtés, en mesurant soigneusement les côtés d'un grand nombre de triangles rectangles e t de triangles non-rectangles. On pourrait calculer très juste en considérant les vérités mathématiques comme de simples probabilités reposant sur l'induction ; mais depuis longtemps elles sont connues comme vérités nécessaires et objectives.

Les catégories juridiques ont eu un autre mal à se dégager de la méthode expérimentale. Y sont-elles même parvenues ? S'il existe une mathématique du Droit, elle devait longtemps passer inaperçue pour de nombreux motifs. Elle est un des éléments les plus cachés et les plus modestes de la science juridique. Son intérêt pratique direct est nul et si elle est de nature à intéresser au plus haut point le vrai philosophe qui aime à scruter les énigmes de la pensée abstraite et de la pure logique, elle est sans intérêt pour le praticien, le politicien et le moraliste.

Aucun de ces personnages ne devait songer à se poser cette question : Quelle est la nature logique des pensées humaines dont la synthèse constitue le Droit ? Philosophes et théologiens demandaient à la raison de juger entre les institutions, de fournir un criterium pour séparer les bonnes et les mauvaises. La philosophie juridique est restée longtemps une justification ou une critique des institutions présentes, passées, espérées ou redoutées pour l'avenir. Droit positif et Droit naturel marchaient côte à côte

> Comme s'en vont les vers classiques et les bœufs,
> L'un disant : « Tu fais mal », et l'autre : « C'est ta faute ».

Au XVIIIe siècle les esprits les plus éminents espéraient que l'on pourrait constituer une métaphysique du Droit ayant une certitude analogue à celle des mathématiques.

« Soutenir que le Droit n'existe pas avant la loi, disait Montesquieu, c'est prétendre qu'avant qu'on eut tracé le cercle tous les rayons n'étaient pas égaux. » (*L'Esprit des Lois* I. c. 1.) Cette phrase qui eut été fort juste appliquée à la forme juridique abstraite était évidemment fausse appliquée au fond ou contenu.

A. — Toutefois, à toute époque, certains esprits ont eu des tendances plus positives. Mettre de côté le Droit naturel, désirable ou divin comme touchant à la Religion et s'occupant de ce qui doit être et non de ce qui est ; chercher dans l'observation des réalités juridiques, des idées générales susceptibles de faire comprendre la vraie nature du Droit. Austin fait honneur à Hobbes d'avoir posé les bases d'une philosophie du Droit positif, honneur qui n'est peut-être pas absolument mérité. Le philosophe du XVIIe siècle désirait-il qu'on fit exactement ce que le jurisconsulte du XIXe siècle a accompli ? Ce n'est pas absolument sûr ; mais la parenté entre les deux esprits est indéniable.

Les *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive Law*, parues en 1830, constituent une première et solide analyse dans la science juridique abstraite. Le célèbre profes-

seur anglais, avant d'aborder son enseignement était allé en pleine maturité d'esprit prendre contact avec la science allemande ; il n'en conserve pas moins une précision de pensée toute anglaise qui le rattache aux philosophes de son propre pays. Ainsi Hugo avait publié en 1819 un *Lehrbuch des Naturrechts*, qu'il présentait aussi comme une philosophie du Droit positif, « als einer Philosophie des positiven Rechts ». Austin tout en appréciant ce travail, constate toutefois que Droit positif et Droit désirable y sont constamment confondus. Pour lui, la distinction absolue entre les deux notions est la première règle qu'il s'impose et qu'il suivra fidèlement.

En effet le principal but et la principale originalité de son ouvrage est de purger l'exposé du Droit positif de tout élément critique, de tout jugement de valeur. Il veut faire connaître le Droit tel qu'il est bon ou mauvais et non ce que serait le Droit s'il était bon : « Law as it must be, be it good or bad, rather than with law as it must be, if it be good. »

D'autre part, il veut étudier le Droit positif dans sa généralité, et non pas un, deux ou plusieurs Droits positifs en particulier. La généralité de ses constatations leur donne un caractère philosophique et elles restent des constatations positives épurées de toute appréciation arbitraire. Quant au Droit naturel, qu'il préfère appeler Droit divin, Austin n'en conteste pas la valeur. Il convient de l'étudier à sa place, en son temps et par ses propres méthodes. Pour éviter toute confusion, il divise l'ensemble de la science juridique en trois disciplines distinctes.

1° Etude du Droit tel qu'il doit être pour être bien. Droit naturel, désirable, divin.

2° Etude des Droits positifs particuliers tels qu'ils fonctionnent ou ont fonctionné dans chaque législation.

3° Etude du Droit positif général ou Jurisprudence générale, ou philosophie du Droit positif. Et c'est à cette dernière branche qu'il consacre ses efforts.

Pour si louable que soit ce premier effort d'analyse, il ne suffit pas à nous faire comprendre la véritable portée de

l'œuvre d'Austin. Sur quelles bases logiques est-elle établie ? est-elle œuvre d'observation ? travail a priori ?

En dressant un tableau général du Droit dans tous pays et à toute époque, le savant anglais a-t-il fait œuvre d'observateur ? A-t-il commencé par recueillir sur toutes les civilisations qui lui étaient accessibles le maximum de renseignements ? a-t-il dégagé le constant de l'accidentel ? Les éléments juridiques abstraits qu'il nous présentent sont-ils uniquement des généralisations de faits concrets, la représentation schématique de la vie réelle ? Il est permis de le croire, il est permis d'en douter.

Il est permis de le croire car l'observation semble, à première vue, la voie normale et même unique d'une étude de Droit positif. De même que l'observation seule et susceptible de nous renseigner sur le contenu concret d'un Droit positif particulier, de même semble-t-il indispensable de recourir à l'observation pour établir un Droit général qui doit être conforme à tous les Droits particuliers. L'auteur n'indiquant pas d'ailleurs qu'il ait d'autres moyens logiques de trouver la vérité, on est porté à conclure qu'il n'en a pas connu d'autres.

D'autre part, Austin affirme qu'il dépeint non seulement le Droit comme il est, mais comme il est *nécessairement* : « Law as it necessarily is », « law as it must be ». Donc certains éléments du Droit s'imposent, ne peuvent pas ne pas être tels qu'ils sont. La constatation d'un fait aussi important exigeait des explications auxquelles l'auteur me paraît s'être dérobé. Quelle est la nature de cette *nécessité* en vertu de laquelle certains principes de Droit s'imposent? Comment l'atteindre? Comment la démontrer? Est-ce l'observation, est-ce la logique qui ont pu la révéler? Austin ne fixe pas sur ce point capital de la science qu'il expose.

En réalité, l'auteur ne se rendait pas lui-même très bien compte de sa méthode. Il avait étudié avec beaucoup de conscience un certain nombre de législations et c'est en elles qu'il trouvait le point de départ de ses généralisations. Sa docu-

mentation était toutefois bien peu de chose pour qu'il put affirmer une *nécessité* juridique quelconque en vertu de sa seule expérience. Une opération de logique non exprimée et peut-être inconsciente lui faisait pressentir au delà de la vérité d'observation la vérité catégorique sur laquelle reposent les premiers éléments du Droit.

Nous avons pris Austin en exemple à cause de la valeur de son ouvrage et de la précision de sa pensée. Mais les philosophe du Droit chez qui observation et logique a priori font plus ou moins bon ménage, sans qu'on sache au juste à quoi s'en tenir, ne manquent à aucune époque.

B. — Dans cette marche de l'induction vers l'a priori, faisons un grand pas en avant et prenons comme type le subtil ouvrage du professeur Roguin, la *Règle de Droit*. Parmi les nombreux volumes traitant de dogmatique juridique, celui-ci est particulièrement précieux à notre point de vue.

La *Règle de Droit* de Roguin a déjà accompli une carrière de vingt-huit années. Accueillie, dès sa publication, avec un intérêt particulier en France et dans les pays de langue latine. son influence directe et indirecte a été fort considérable. Elle a donné, dans de vastes milieux, des directions d'esprit toutes nouvelles. Il ne nous appartient pas d'en relever les divers mérites, ni même d'apprécier ou de discuter l'ensemble des conceptions qui s'y trouvent renfermées. Nous ne faisons ici, ni théorie ni dogmatique juridique. Nous désirons uniquement préciser la nature des pensées ou des affirmations contenues dans tel ou tel ouvrage, dans leur rapport avec la logique générale.

Or l'introduction de la *Règle de Droit* met précisément en relief cette dernière question. Elle est consacrée à la *Classification des disciplines* et à la nature de la *science juridique pure*. Ce petit traité a précisément pour but de résoudre le problème qui nous occupe et un résumé de ce genre, destiné à rattacher la logique juridique à un système de logique générale est une rareté fort appréciable.

Depuis l'apparition de ce travail, les hautes questions de

Droit pur ont toujours préoccupé l'éminent juriste. Sur les questions abstraites de Droit, ses idées se sont sûrement développées dans des directions que nous ne pouvons étudier ici, puisque le volume des *Questions générales* annoncé par l'auteur n'a pas encore paru. Ce ne sont donc pas les idées de l'auteur, mais les idées de l'ouvrage que nous examinerons. Elles nous intéressent par elles-mêmes, alors qu'elles ne correspondraient plus exactement à sa pensée d'aujourd'hui.

Dans la *Règle de Droit* de Roguin, l'équivoque d'Austin ne subsiste plus. La science juridique pure y est franchement donnée comme science a priori. L'observation y joue le rôle tout à fait secondaire d'évocateur ou de stimulant. Sans doute, le fait de connaître les dispositions positives de la législation d'un certain pays, est utile à la découverte du Droit pur ; on n'y parvient même en fait que par la juxtaposition d'un certain nombre de Droits. Mais c'est la logique seule qui peut décider que telle proposition juridique est nécessaire et qu'on la retrouvera forcément dans toute législation possible et imaginable. Ce que le juriste pur tire de l'observation, il pourrait tout aussi bien le tirer de la fantaisie, de l'imagination. Plusieurs rapprochements entre le Droit pur et les mathématiques peuvent donner à penser que pour l'auteur les vérités de Droit pur sont bien de la nature de ce que nous appelons « vérités catégoriques ».

Ce n'est toutefois pas absolument sûr. Roguin suit le système de logique original, ingénieux et subtil, développé par le philosophe Naville sous le titre : *De la classification des sciences.* La science pure y est appelée *théorématique.* Elle se poursuivrait sous forme de théorèmes et aurait pour objet « de rechercher les conséquences implicitement contenues dans les prémisses qu'elle pose ».

Roguin écrit à cet égard, dans son *Avant-Propos*, page v : « Nous avons eu pour but d'analyser les règles de droit ayant existé historiquement, ou même seulement imaginables, possibles, de montrer la nature distinctive du rapport juridique à l'égard des relations d'autres espèces et d'en dégager les élé-

ments constants... » Son étude, dit-il aussi (page VI), porte, non seulement sur les choses juridiques douées d'existence réelle, mais aussi sur celles « n'ayant pas eu d'existence historique et simplement supposées ». En un mot, sa prétention est de dégager les conséquences logiquement nécessaires, impliquées dans certaines prémisses. lesquelles sont conformes ou non à la réalité. La méthode de Roguin est ainsi tout à fait analogue à celle des mathématiques et autres sciences pures et c'est ce qui l'engage à la présenter comme une *théorématique du Droit.*

Cette *théorématique* est-elle par les explications de l'auteur suffisamment justifiée? je n'en suis pas persuadé. Elles doivent, selon moi, être complétées par l'affirmation du caractère catégorique de certaines vérités juridiques. Sinon elle pourrait ressembler à de la simple déduction, par laquelle on pose une formule pour en sortir ce que l'on y a déjà mis. Sans doute, cette méthode peut révéler des vérités catégoriques, à condition qu'il y en ait à découvrir. On peut ainsi, par des déductions, établir le rapport entre l'hypothénuse et les autres côtés du triangle rectangle, car les relations des figures géométriques existent catégoriquement. Mais si le Droit n'a qu'une existence conventionnelle, toutes les définitions que nous en donnerons seront conventionnelles. De telles définitions nous pourrons sortir nécessairement ce que nous y aurons mis, mais rien de plus. De telle sorte que la *théorématique*, sans plus, pourrait couvrir tout aussi bien un véritable travail scientifique que de simples tautologies. D'ailleurs, pour dégager les éléments nécessaires du Droit, dans le cours de son ouvrage, Roguin ne me paraît procéder ni par déduction, ni par théorême, mais par voie d'évidence. Or l'axiome ou l'évidence est la base de toutes les vérités catégoriques élémentaires, comme nous aurons l'occasion de le constater, de telle sorte que, malgré la précision de pensée de l'auteur, il subsiste dans le livre de la *Règle de Droit* une certaine obscurité sur les rapports du Droit pur avec les principes de la connaissance logique. La méthode de Roguin me semble féconde parce qu'il

existe dans le Droit des vérités catégoriques ; elle ne me paraîtrait pas féconde s'il n'en existait pas.

C. — Nous trouverons la notion de « catégorie juridique » plus accentuée et le mot même employé quelquefois presque dans le sens que nous lui donnons ici, dans un certain nombre d'ouvrages très récents dont nous nous contenterons d'indiquer quelques-uns. Nous mettons au premier rang le travail de A. Reinach : *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, qui a trouvé dans la philosophie de Husserl une base solide. C'est, en effet, ce philosophe qui me semble avoir le mieux résolu le problème de la connaissance, c'est-à-dire des rapports entre l'expérience et l'a priori. On peut aussi considérer comme très important pour l'élaboration de ce point spécial de la science juridique la thèse de Djuvara : *Des Fondements du Phénomène juridique. Quelques réflexions sur les principes logiques de la connaissance juridique.* Ces deux auteurs exposent avec netteté les principes mêmes du Droit catégorique, sa valeur logique et ses rapports avec la connaissance en général. Mais lorsqu'il s'agit de faire l'application de la théorie à la pratique et de dégager la forme du fond, des questions de construction et surtout de métaphysique viennent se confondre avec les questions de logique pure. La tentation est grande d'introduire parmi ces catégories qui sont de pures formes ou de pures fonctions de l'intelligence abstraite quelque vague attribut moral et social, un germe microbien de jugement de valeur qui savamment développé permettrait de faire éclore tout un système de règles positives de conduite. Le vocabulaire juridique s'y prête particulièrement bien. Ainsi le mot « obligation » peut être employé en logique formelle pour désigner une situation juridique particulière sans aucune idée de devoir social ou moral quelconque. Mais si on dit que la « personne obligée » *doit* accomplir certaines prestations, *ferait bien* de l'accomplir, *commet une faute* s'il ne l'accomplit pas, on a introduit le loup dans la bergerie et toute la science pure va être dévorée par le Droit naturel. De même le mot « personne » en logique pure désigne un être abstrait

susceptible de jouer un certain rôle abstrait. Cet être est dénué de tout attribut physique, psychologique et moral. Si nous lui attribuons une qualité quelconque, si nous en faisons un être humain, libre, raisonnable, capable de volonté, nous sortons complètement par le fait de la science catégorique, pour nous livrer à des constructions purement arbitraires. Or, Djuvara pose l'« obligation, c'est-à-dire l'ordre du devoir moral » comme idée a priori et l'idée de liberté comme condition du Droit. Reinach fait sortir l'idée d'obligation de la promesse. De telle sorte qu'à mon point de vue, sur des principes catégoriques, ils construisent des édifices métaphysiques ou constructifs.

C'est à peu près ce que Binder reproche à Stammler dans un article d'une très grande lucidité. Les idées qu'il a développées dans cet article et dans son livre *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, me semble approcher de très près le point culminant de la logique juridique pure. Toutefois sa critique extrêmement perspicace et sa fidélité aux doctrines de Kant, le conduisent à nier ou à paraître nier la science qu'avec beaucoup de peine il est arrivé à séparer de presque tous les éléments étrangers.

L'idée catégorique du Droit est une pure forme de l'intelligence logique abstraite. Elle est vide de tout contenu concret, physique, psychologique, moral ou métaphysique. Mais elle a un contenu formel très riche et susceptible de se développer à l'infini. La catégorie « Quantité » est également vide de tout contenu concret; mais elle contient en elle-même « l'Unité », la « Pluralité », la « Totalité ». L'Unité à son tour comprend toutes les fractions qui la composent; la Pluralité, comprend la Dualité, la Trinité... etc... De même, l'idée catégorique de Droit comprend le Fait juridique, l'Objet du Droit, l'Injonction, la Sanction... Chacune de ces notions a un contenu formel susceptible d'être analysé à l'infini.

Par son caractère abstrait et sa délicatesse la nature de la logique pure est une des questions sur lesquelles il est le plus difficile non pas seulement de s'accorder, mais même de se

comprendre. Si l'on n'a pas fait le même long chemin à travers les mêmes abstractions, on peut parler le même langage tout étant aux antipodes de la pensée et des langages différents tout en étant très proche. On peut essayer ce moyen de contrôle qui me semble assez probant. Avant d'entrer en discussion sur un point de logique, il est prudent de poser à son contradicteur cette question : « La logique juridique pure existerait-elle sur les mêmes bases, alors même que l'humanité n'existerait pas? » Certains répondront : « Si l'humanité n'existait pas, il n'y aurait pas de Droit, et par suite pas de logique juridique. » Ceux qui feront cette réponse n'ont pas l'esprit assez mûr, ou assez abstrait pour comprendre la nature du catégorique juridique ou autre. Ceux qui répondront affirmativement l'avaient déjà compris.

II. — *Les catégories juridiques et le problème de la connaissance.* — Ce qui caractérise, en effet, toute science logique est l'autorité en vertu de laquelle elle domine le travail cérébral de l'homme, aussi bien que les mœurs, les institutions des collectivités humaines. La logique est la concordance entre la vérité et la pensée humaine. Elle est par suite en dehors et au-dessus de cette pensée et ne saurait sans perdre toute valeur et même toute existence être absorbée en elle. Si les idées d'idendité, de causalité, etc., si toutes les sciences mathématiques n'étaient pas la traduction cérébrale de principes indépendants de notre cerveau, ils seraient totalement dépourvus de puissance et d'utilité objective. Tout ce qui peut se ramener complètement aux fonctions humaines (physiologiques, intellectuelles, sentimentales ou sociales), n'a plus rien de logique. Un Droit abstrait, qui n'existerait que par l'homme et pour l'homme, devrait être classé parmi les disciplines, variables, relatives et descriptives et non parmi les disciplines invariables et normatives.

A. — Le conflit entre logicistes et psychologistes, entre ceux qui veulent ramener toute psychologie à la logique ou toute logique à la psychologie, ne saurait nous arrêter et s'il est permis de faire une distinction quelconque entre folie et

sagesse, le domaine des deux sciences se précise facilement.

La psychologie n'est autre chose que la description de l'activité cérébrale prise à un moment quelconque. La logique est la critique de cette activité cérébrale, le fait de reconnaître à certains actes du cerveau une concordance avec la réalité extérieure que l'on refuse aux autres.

Un cerveau qui pense est une cuve en ébullition ; les idées les plus bizarres peuvent s'entremêler aux plus banales sans aucun ordre ni raison apparente ; et il en est ainsi aussi bien du cerveau qui travaille que du cerveau qui vagabonde. En ce sens, il n'y a aucune méthode de travail ; les pensées ne s'attellent pas au joug de la logique pour tracer un sillon bien droit. Les idées arrivent au travailleur par poussées et bien des mathématiciens ont souvent raconté que la solution de problèmes ardus poursuivis vainement pendant la veille, leur venait toute seule pendant le sommeil.

La description de cette élaboration cérébrale appartient à la psychologie. Mais l'appréciation des diverses pensées qui traversent le cerveau se fait par des règles objectives qui constituent la logique. Tous les hommes pensent à peu près de la même façon et la photographie d'un instant de la vie intellectuelle d'un fou, d'un rêveur et d'un savant — s'il était possible de la prendre — se confondrait peut-être complètement. Mais il est des cerveaux qui font la critique de leurs premières appréciations, d'autres la critique de leur première critique, d'autres encore la critique de cette seconde critique et ainsi de suite. A chacune de ces étapes du travail logique la pensée devient plus méthodique, plus abstraite ; le produit de son travail prend une forme plus subtile, moins concrète, moins accessible au public, mais aussi plus objective et plus générale.

La logique basée sur des règles objectives supérieures à l'intelligence humaine s'oppose nettement à la psychologie qui consiste toute entière dans la description de ce qui se passe dans le cerveau humain. Ainsi les règles du Droit positif sont

faites par l'homme et pour l'homme et s'absorbent en partie dans la psychologie humaine ; les catégories juridiques si elles existent sont de même nature que les règles logiques et ce qui en fait la valeur est indépendant de la structure du cerveau humain.

B. — Nature de l'évidence. — Cette valeur objective de la logique est aussi certaine qu'une proposition peut être certaine. Mais, bien entendu, pas davantage.

Quelle est la valeur absolue de la pensée humaine ? Le problème est inabordable par le fait que cet absolu avec lequel il faudrait comparer notre pensée est totalement inaccessible.

Quelle est pour nous la valeur de notre propre pensée ? Tel est le seul problème que l'on puisse poser sur la nature de la connaissance.

Il est bien certain que l'homme ne peut raisonner qu'avec son cerveau : que toute son expérience, sa logique, est dominée par un immense doute, celui de sa propre valeur. Toutes les certitudes flottent dans un nuage infini, qu'il ne faut point songer à dissiper. Au point de vue absolu, toute affirmation humaine est purement conditionnelle et suppose un certain degré de valeur cérébrale chez celui qui constate ou réfléchit. Il en est ainsi de l'observation la plus simple et la plus matérielle comme du calcul le plus complexe. Mais parmi les croyances humaines basées sur l'observation physique aussi bien que sur le calcul logique, il en est qui ne sont acquises que par un travail plus ou moins long dans lequel, la hâte, la distraction, l'insuffisance de documentation peut introduire des erreurs. Si elles sont fausses, le cerveau qui les affirme n'en est pas pour cela convaincu d'impuissance. Il est au contraire des constatations physiques et des affirmations logiques élémentaires qui, si elles étaient fausses, infirmeraient complètement la puissance cérébrale de celui de qui elles émanent. Ce sont les vérités évidentes.

On peut donc appeler axiome ou proposition évidente celle dont la fausseté amènerait à zéro la puissance intellectuelle de celui qui la formule. On dit ainsi dans la vie courante : « Si

ce que je dis n'est pas exact, je suis fou. » Ainsi l'évidence est relative à chacun et ne se démontre pas. Ceux qui n'ont pas les mêmes points d'évidence sur un sujet donné ne peuvent discuter ensemble et si la discussion est possible c'est qu'il existe des évidences collectives communes à des groupes plus ou moins nombreux.

La formation scientifique de l'esprit a toujours pour effet de modifier les classes d' « évidences ». Ce qui est évident pour un cerveau rudimentaire ne l'est plus du tout pour un cerveau cultivé. Celui-ci a d'ailleurs gagné par le travail quelques certitudes qui lui étaient autrefois inconnues.

L'évidence peut résulter de l'observation, de la déduction. Elle peut être aussi catégorique. L'évidence catégorique pose les premières notions sans lesquelles toute pensée serait impossible : quantité, qualité, relation, modalité. Elle établit aussi les premiers rapports entre les formes premières et dans ce cas porte le nom d'axiome : le principe d'identité, de causalité... etc... C'est uniquement par l'évidence que nous pouvons distinguer entre vérités expérimentales, déductives et catégoriques. On pourrait imaginer une logique dans laquelle les vérités mathématiques figureraient comme vérités subjectives, accidentelles et de simple observation. Mais cette logique n'ayant plus les mêmes points d'évidence que notre propre logique toute discussion serait inutile entre les partisans de l'une et de l'autre, chacun devant considérer comme réduite à zéro la valeur intellectuelle de son adversaire.

III. — *Les Eléments premiers du Droit.* — L'homme avait derrière lui un très vieux passé philosophique et un très vieux passé juridique, lorsqu'il s'est posé pour la première fois cette question primordiale : « Qu'est-ce que le Droit au point de vue philosophique et quels en sont les éléments ? » Car les civilisations primitives et les praticiens de toutes les civilisations se soucient peu des abstractions et encore moins de la nature philosophique de ces abstractions. D'ailleurs, comme il arrive bien souvent, la question primordiale a été posée la dernière. La philosophie du Droit possédait un fond assez riche de

notions diverses — mélange confus de croyances, de réflexions et d'expériences — bien avant de songer sérieusement à justifier l'idée première du Droit et à en dégager les éléments.

L'histoire du développement de la pensée juridique, des procédés par lesquels elle a pu peu à peu prendre conscience d'elle-même a son grand intérêt ; mais cet intérêt, purement historique, ne saurait être utile pour déterminer comment, arrivée au terme de son développement, la notion du Droit peut se justifier comme notion indépendante et dans quelle classe de vérités philosophiques, elle peut se ranger.

On ne peut concevoir la notion de Droit que sous trois formes logiques : notion d'observation, notion de convention, notion catégorique.

A. — L'observation peut-elle délimiter la notion de Droit et la distinguer de tout autre notion voisine ?

Il est des phénomènes concrets de la vie sociale que nous qualifions de juridiques et d'autres à qui nous ne donnons pas ce qualificatif. S'il est légitime de faire sortir l'abstrait du concret, le Droit serait alors la différence spécifique entre ces deux groupes de faits sociaux, les uns juridiques, les autres non juridiques. Le caractère constant que l'on constaterait toujours par l'observation dans le premier groupe et jamais dans le second groupe formerait l'essence du Droit, défini et établi sur les bases d'une solide observation.

Pure apparence, pure tautologie. Notre première classification en « faits juridiques » et « non juridiques », puisée dans le langage courant est dénuée de toute valeur scientifique. Dans ces deux groupes nés du développement fortuit de la terminologie les traits communs et les traits différentiels pourront être purement accidentels et accessoires.

Pour obtenir une notion expérimentale du Droit, il faudrait partir d'un fait d'expérience et nous ne pouvons partir que du langage usuel. Il s'agit d'induire sur des données positives et nous ne pouvons que greffer des observations sur des mots. Nous avons distingué les faits sociaux en juridiques et non juridiques ; cette distinction est purement verbale. Rationnel-

lement, pour distinguer quels sont les faits juridiques, il faut au préalable connaître ce que c'est que le Droit. Et la définition expérimentale du Droit ne peut résulter que de l'observation analytique des faits juridiques. De ce cercle vicieux, il est impossible de sortir. Une définition expérimentale du Droit est radicalement impossible.

B. — Mais il est évidemment possible de donner du Droit une définition conventionnelle. En logique aussi les conventions forment lois entre les parties. Deux ou plusieurs dialecticiens peuvent s'entendre pour choisir parmi les faits sociaux ceux qu'ils considèreront comme juridiques à l'exclusion des autres ; ils peuvent tout aussi bien convenir d'appeler juridiques des faits qui présenteront un ou plusieurs caractères essentiels. Ils pourront ainsi formuler des règles de ce genre : « Tout fait juridique est accompagné d'injonction et de sanction éventuelle de la part des pouvoirs publics. »

Que vaudraient logiquement des formules de ce genre, conclues par convention. Elles constatent un accord de pensée entre quelques dialecticiens, à un moment donné. Mais cet accord est souvent plus apparent que réel ; car souvent les uns concèdent une formule parce qu'ils n'en voient pas toutes les conséquences ; tandis que les autres, plus perspicaces, proposent la formule parce qu'elle est un bon moyen pour forcer leurs adversaires à accepter en fin de discussion ce qu'ils repoussaient énergiquement au début.

Ce sont là, jeux de rhéteurs. Ils sont très estimables et le divin Platon ne les dédaignait pas ; souvent en abusant des définitions conventionnelles il obligeait ses contradicteurs à se déclarer vaincus. Mais en logique pure, on n'est jamais lié par ses conventions et celui qui en voit surgir une conséquence imprévue peut toujours se dégager. Ayant adhéré à une définition dont il ne comprenait pas toutes les conséquences, il reconnait la perspicacité de son adversaire ; mais en avouant qu'il n'a pas compris toute la portée de ce qu'on a voulu lui faire dire, il peut revenir en arrière et la définition s'écroule, car elle était basée uniquement sur son consentement et ce consentement était erroné.

Donc tout travail fait sur une base conventionnelle reste toujours purement conventionnel. Il ne peut jamais changer de nature et la moindre contradiction suffit à le réduire néant. Des études de Droit pur établies sur cette base seraient à peu près dénuées d'intérêt.

C. — Par élimination, la solution s'impose. La spécificité du Droit est une vérité catégorique ou n'est rien du tout. Et à mon sens elle est catégorique au même titre que la quantité ou la qualité, quoique ayant une portée plus restreinte. Elle joue dans la société le même rôle que le verbe ou l'adjectif dans le langage. C'est une forme nécessaire de la compréhension de toute société, indépendante de toute association concrète, comme la notion de verbe est indépendante de tout langage concret.

Pour l'esprit humain, c'est une notion d'évidence. On peut admettre la spécificité du Droit ou ne pas l'admettre ; mais si on l'admet, on ne peut lui donner aucune autre forme philosophique que vérité d'évidence catégorique. Et entre celui qui l'admet et celui qui la repousse, aucune discussion n'est possible sur la nature abstraite du Droit.

IV. — *Délimitation des catégories juridiques.* — En parlant des législateurs des vieilles civilisations, il est fréquent d'énoncer des affirmations de cette nature : « Ils ont confondu le Droit et la morale » ; « ils n'ont pas su distinguer le Droit de la morale ». Si ces phrases ont un sens, elles résument tout ce que nous avons pu dire dans le paragraphe précédent. Car elles signalent une infériorité de logique chez ces vieux législateurs au même titre que si on leur reprochait de n'avoir pas su distinguer un verbe d'un substantif ou de n'avoir su compter que jusqu'à cent. Si la spécificité du Droit était une pure affaire de convention, toutes les conventions étant égales au point de vue logique, les conceptions anciennes ne sauraient être à aucun degré inférieures aux conceptions modernes.

La spécificité du Droit est donc la vérité catégorique première. Cette spécificité est assurée par un certain nombre d'axiomes qui fixent les éléments essentiels de toute relation juridique :

objet du Droit, injonction, sanction, sujets actifs ou passifs,.. etc... La distinction des fonctions juridiques en politique, législative, judiciaire et doctrinale; la distinction entre Droit privé, Droit public, Droit pénal,... etc... ; la distinction des Droits en Droits réels et Droits personnels forment tout autant de branches de la syntaxe catégorique du Droit.

Nous jetons ces quelques indications sans méthode et à seul titre d'exemple. Il appartient au logicien du Droit pur d'en présenter un système bien ordonné et nous savons que si cette tâche n'est pas achevée, il existe déjà des juristes très recommandables qui l'ont entreprise. Citons une proposition déjà assez complexe et ne pouvant évidemment être saisie sans commentaire, établie par un des disciples du professeur Roguin : « Tout rapport de droit est susceptible d'en faire naître un nouveau, celui-ci un troisième et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive au pouvoir souverain. La non réalisation de la prestation (objet) du rapport primaire devient le « fait soumis au droit » d'un rapport secondaire dont la prestation est la sanction du du rapport primaire ». Roger Secrétan. *Thèses accessoires.* — 1917. Sans nous prononcer sur le fond de cette thèse, elle est par sa forme une proposition de logique juridique pure c'est-à-dire selon moi de nature catégorique.

Notre seule intention est de constater dans le Droit l'existence d'un certain groupe de pensées d'une nature logique toute spéciale. Mais dans les travaux de dogmatique juridique ces éléments de logique pure sont constamment confondus avec des considérations simplement constructives ou métaphysiques. Comment les distinguer ?

1°. — Le catégorique est une pure forme logique. Il ne saurait contenir aucun jugement de valeur. Il ne saurait fournir ni de près ni de loin aucune ligne de conduite, aucun élément d'appréciation. Les idées de justice, d'obligation morale, de devoir, de Droit subjectif lui restent totalement étrangères et relèvent de la métaphysique.

2°. — Le catégorique ne saurait dépendre d'aucune conception conventionnelle ou traditionnelle. Le Droit réel est-il

catégoriquement différent du Droit personnel ? Pour résoudre cette question les précédents historiques doivent être écartés. Au même titre, pour savoir si le verbe est logiquement différent du substantif, il est totalement inutile d'étudier le langage des nègres ou des hommes primitifs. Beaucoup de civilisations n'ont pas distingué le Droit de la morale, le Droit public du Droit privé, le Droit pénal du Droit civil et cela n'affecte en rien la valeur logique de ces distinctions.

3° Enfin le catégorique étant la forme abstraite de la pensée juridique ne saurait contenir aucun élément concret pas plus psychologique que physique. En logique juridique abstraite, une borne peut être propriétaire ; un soliveau, roi et un cheval, consul de Rome. Aucune qualité individuelle n'est requise pour jouer aucun rôle, puisqu'il s'agit d'abstractions générales que toute intervention de l'accident viendrait irrémédiablement dégrader. En logique juridique abstraite, Robinson est propriétaire de son île par voie d'occupation, alors même que ce titre lui soit totalement inutile, puisque personne ne peut ni reconnaître ni contester ce Droit. Et s'il y a des habitants dans la lune, ils sont obligés de respecter ma propriété aussi bien que mes voisins les plus immédiats, la logique pure ne s'occupant pas des questions de transport ni sur terre ni à travers le ciel. Ainsi les institutions qui ne sont que des habitudes concrètes de l'humanité ne sont pas en elles-mêmes explicables par la logique catégorique.

V. — *Rôle du catégorique dans la vie juridique.* — Le catégorique juridique ne saurait fournir aucune direction pour la création ou l'interprétation du Droit positif concret. Qui plus est, il ne saurait non plus servir de base à une technique juridique quelconque. La forme du Droit positif comme le fonds reste toujours une question d'opportunité pratique. De même l'étude de la syntaxe abstraite ne peut fournir des règles pratiques de langage. Sans doute, les langues les plus savantes sont celles qui expriment les notions abstraites les plus riches. Ce sont les langues de la philosophie et de la méditation. Mais la vie pratique a vite fait d'appauvrir leur œuvre. Les formes

délicates et nuancées sont facilement négligées et disparaissent du langage parlé et même des œuvres littéraires. Quel abîme entre le trésor grammatical du sanscrit, de l'arabe littéraire et telle ou telle langue vivante moderne. Peut-on dire qu'une langue dont la grammaire est riche soit supérieure à une langue dont la grammaire est pauvre ? Elles répondent l'une et l'autre à des besoins différents. Les civilisations très avancées employent un langage télégraphique qui ressemble au langage des peuples très primitifs. Elles parlent « nègre ». Le temps leur manque pour employer les formes savantes et étudiées par les grammairiens. L'œuvre du grammairien n'est pas pour cela perdue. La syntaxe simpliste de l'ultra-civilisé sous entend la syntaxe complexe du savant, de telle sorte que la ressemblance entre la langue d'un moderne et d'un primitif peut être plus apparente que réelle. Il est inutile d'employer en parlant certaines formes désuètes du subjonctif, mais celui qui en ignorerait l'existence serait dans un état d'infériorité intellectuelle.

Il en est identiquement de même pour la syntaxe juridique. On ne peut pas dire qu'un Droit positif est supérieur par le fait qu'il en reproduit les formes. Il se peut au contraire qu'un Droit à forme rudimentaire rende plus de service qu'un Droit savant. Beaucoup de législations ont confondu Droit public, Droit privé, Droit pénal, Droit civil et ne s'en sont pas plus mal trouvées. Le fait que le Droit réel est catégoriquement distinct du Droit personnel n'oblige pas à les séparer dans la rédaction ou même l'enseignement du Droit positif. Mais le Droit rudimentaire du praticant sous-entend le Droit catégorique, grammaire juridique qui seule peut donner le sens logique complet de la loi.

Historiquement l'existence des vérités catégoriques tend à unifier et à régulariser la marche du Droit. Alors que les constructions peuvent être aussi variées que la psychologie humaine est variée, la logique pure est la même pour tous et dans toutes les législations. La variété peut provenir de l'inégalité de science; mais l'objet de la science est identique. Sans doute,

certains juristes, certaines législations approfondissent les vérités abstraites des lois, alors que d'autres les effleurent à peine ; ce ne sont pas toujours les mêmes aspects de ces vérités qui sont révélés aux uns et aux autres.

§ 3. — Science légale pure ou science des solutions possibles.

Je ne connais guère que la préface de Roguin dans laquelle soit signalé un embryon de science bien peu développé, mais fort intéressant au point de vue logique et peut-être aussi au point de vue pratique. Laissons-lui le nom de science légale pure ou science des solutions possibles.

Cette science légale peut avoir un sérieux intérêt pratique, comme auxiliaire de la politique. Le politicien qui apprécie les lois existantes, propose des réformes, invente des institutions, ne peut faire, — répétons-le, — œuvre scientifique. Il est obligé entre toutes les solutions qui lui sont présentées de faire un choix, de porter des jugements de valeur purement subjectifs et partant arbitraires. Il n'y a donc pas de problèmes politiques et législatifs, si on veut donner au mot problème un sens précis. « Faut-il établir le divorce, le faciliter, le restreindre? supprimer ou maintenir la peine de mort? accorder des droits successoraux à tel ou tel parent? » Ce sont autant de questions auxquelles on peut chercher une réponse, mais non des problèmes que l'on puisse résoudre; car un problème suppose la possibilité de découvrir par des procédés scientifiques une vérité certaine quoique dissimulée.

Mais le politicien qui ne fait pas de la science, peut consulter d'autres sciences, afin de se donner des convictions ou afin de trouver des solutions nouvelles. Il ne s'adresse guère jusqu'à présent qu'à des sciences concrètes et d'observation : l'Histoire et le Droit comparé. S'il veut faire l'examen critique de telle institution, de telle organisation sociale, il consulte le passé, il étudie les législations étrangères, c'est-à-dire observe ce qui s'est fait autrefois, ce que l'on fait de nos jours. Mais ce que l'on a fait autrefois, ce que l'on fait un peu partout maintenant peut être très peu de chose en comparaison avec ce

qu'il serait possible de faire. Et ce qu'il serait possible de faire ne peut être indiqué que par une science logique a priori.

« [Faut-il] abandonner le soin d'innover au législateur coutumier ou officiel qui intervient presque toujours sans méthode et accidentellement?...

[Ne conviendrait-il] pas plutôt que des juristes doués d'un esprit suffisant d'analyse et de synthèse, s'attachent à la constitution dans chaque province du droit, d'un vaste système des relations juridiques *possibles*, sans égard à leur existence ou non existence de fait? Nous croyons qu'il serait extrêmement utile d'entrer dans cette voie, afin d'offrir au législateur un choix plus grand de relations susceptibles d'être introduites dans le droit positif, et afin de donner plus de souplesse à l'innovation juridique. » ROGUIN, *La règle de Droit*, p. 15.

Certes, elle serait précieuse cette science qui présenterait au politicien et au législateur toutes les solutions possibles sur une question donnée, qui scinderait complètement la fonction de recherche de la fonction d'appréciation.

De nos jours, le même cerveau doit s'atteler simultanément à deux besognes logiquement étrangères : découvrir toutes les routes qu'il est possible d'utiliser ; apprécier quelle est la meilleure de ces routes. De ces deux besognes l'une fait tort à l'autre. Un esprit ingénieux veut imposer une trouvaille juridique qu'il trouve parfaite, parce qu'il l'a découverte ; tandis qu'un esprit consciencieux et lourd est trop absorbé par l'examen d'une ou deux solutions extrêmes pour se douter des mille solutions intermédiaires qui pourraient satisfaire à toutes ses exigences.

Supposons un tableau dressé à froid de toutes les combinaisons possibles sur une question juridique donnée, et circulant entre toutes les mains. Le politicien devrait renoncer à se prétendre inventeur; il resterait simple appréciateur et pourrait condenser toute sa force intellectuelle sur la fonction d'appréciation.

Une telle division du travail intellectuel politique et législatif serait incontestablement heureuse.

Est-elle possible? Dans une certaine limite, elle est certainement possible. Roguin lui-même nous en a donné un exemple en construisant à la fin de son volume un système des principes primordiaux de la succession ab intestat. (*Règle du Droit,* p. 420). Toute législation existante ou imaginable doit pouvoir se ramener à l'un des quatre principes ou à une combinaison des quatre principes discernés par l'auteur.

Tout ce que je connais en fait de littérature, sur la science légale pure pourrait tenir dans une coquille de noix. Faut-il la développer? A mon avis, on rend peu de service à l'humanité en voulant la surcharger d'une discipline nouvelle. Mais s'il s'agit au contraire d'élaborer en toute simplicité et en toute tranquillité, à lueur des lampes et dans le cabinet de travail, ce que l'on fait actuellement dans les agitations des assemblées législatives, la tâche du législateur consciencieux n'en sera que plus sûre.

Ces questions pratiques sont pour nous secondaires ; au point de vue historique et philosophique deux questions se posent :

1° — Quelle pourrait être la valeur logique d'une science légale pure ?

2° — Serait-elle une innovation ou a-t-elle ses racines dans le passé ?

A. — Peut-on logiquement dresser un tableau de toutes les solutions possibles pour une situation juridique donnée et par quelle méthode? Certainement; il suffit pour cela d'établir des séries de propositions rigoureusement disjonctives ne laissant aucune place à une troisième hypothèse, ou de propositions trisjonctives, ne laissant aucune place à une quatrième hypothèse... etc...

Propositions disjonctives	Si A n'est pas B, il est C. Si A n'est pas C, il est B.
Propositions trisjonctives	Si A n'est ni B, ni C, il est D. Si A n'est ni C, ni D, il est B. Si A n'est ni B, ni D, il est C.

Les deux termes de chaque proposition doivent être les contradictoires absolues l'une de l'autre et former par suite alternative.

Ainsi appliqué au Droit :

1° — Des rapports sexuels entre hommes et femmes, la loi peut s'occuper ou ne pas s'occuper.

Si la loi ne s'en occupe pas, il n'existe aucun Droit de famille.

Si elle s'en occupe, il existe un Droit de famille quelconque.

2° — Supposons que la loi s'occupe des relations sexuelles entre hommes et femmes, il pourra sanctionner des unions collectives ou des unions individuelles. Dans ce second cas seulement, il y aura mariage.

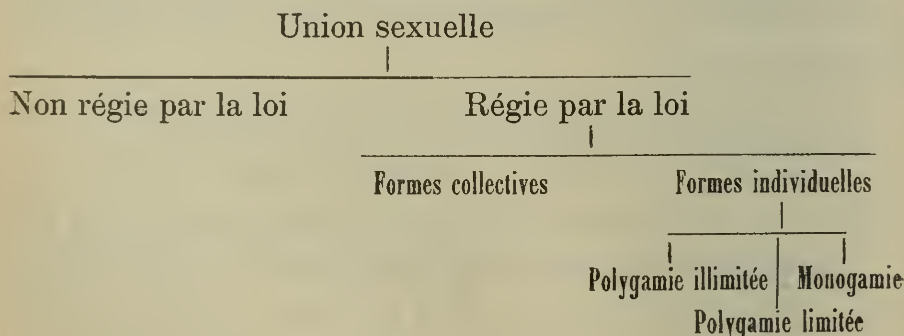
3° — Supposons que la loi sanctionne des unions entre un homme et un certain nombre de femmes, ce nombre de femmes pourra être limité ou illimité.

4° — S'il est limité il peut être limité à une, à deux, à plus de deux... etc...

Chaque branche négligée un instant, peut être reprise à son tour. On pourra ainsi dresser un tableau complet de toutes les possibilités d'une institution.

B. — Un tel travail est-il totalement étranger aux habitudes intellectuelles des juristes et ne trouve-t-on rien sinon de semblable au moins d'analogue chez les jurisconsultes du passé?

Il faut d'abord remarquer que des séries de dispositions de ce genre seraient plutôt encombrantes et monotones pour des œuvres d'un peu d'étendue et que la forme schématique sous-entendant la formule générale est à la fois plus simple et plus claire.



Or des tableaux schématiques de ce genre se rencontrent dans un grand nombre de disciplines juridiques. Dans le Droit romain du moyen âge, on les appelait des *Distinctiones*. Ces *distinctiones* portent sur une notion juridique quelconque et examinent « dans un ordre de généralité décroissante » les diverses combinaisons qu'elle est susceptible de réaliser. Plus tard, ces *distinctiones* prendront le nom de *Typi ;* elles seront alors plus développées et plus minutieusement conduites. Citons, par exemple, le *Typus exceptionum* de Rebuffus inséré dans de nombreuses éditions du Digeste au titre de *Exceptionibus* (XLIV. 1).

En dehors de cette tradition d'école, Austin, illustre sa *Philosophy of positive Law* d'un certain nombre de tableaux schématiques sur les sources des lois, le but des lois, les diverses espèces de sanction, les dommages, la culpa, la *forma imperii*, la *forma regiminis*.

Ces divers travaux se rapprochent très inégalement de ce que devrait logiquement constituer une science légale pure. Car une science de ce genre aurait comme caractéristique de dégager en dehors de toute observation des alternatives rigoureusement logiques et universelles.

Or, ces divers schémas ont surtout un but pédagogique et mnémotechnique. Elles résument sous une forme plus saisissante des exposés plus développés.

Elles posent les questions juridiques « dans leur ordre de généralité décroissante », mais en faisant l'analyse d'une ou de plusieurs législations positives et par suite elles sont œuvre d'observation plus que de logique a priori.

Par suite, ce ne sont pas des tableaux de toutes les solutions possibles, mais des tableaux incomplets de solutions déjà inventées.

On pourrait en conclure qu'il n'existe aucune ressemblance entre ces divers travaux et les recherches de science légale pure, telle qu'elle a été définie.

Une telle conclusion serait partiellement vraie et partiellement fausse. Les tableaux schématiques de Droit sont mixtes.

Ils partent d'un type logique inférieur et aboutissent à un type logique supérieur au triple point de vue ci-dessus indiqué.

Ils sont à leur origine purement pédagogiques et mnémotechniques; mais employés par des juristes ingénieux, ils se transforment en méthode de logique créatrice, capable de faire surgir de nouvelles notions et de nouveaux points de vue.

Ils contiennent autant que possible des oppositions tranchées de termes contradictoires. Même les plus anciens et les plus rudimentaires, sans doute sous l'influence de la logique scolastique, présentent de vraies propositions disjonctives auxquelles on n'a rien à reprendre.

Ils sont à l'origine des résumés d'observations concrètes portant sur un certain nombre de législations positives; mais ils ont tendance à quitter de plus en plus le domaine des constatations expérimentales pour la logique abstraite et l'a priori.

Ainsi pour les *distinctiones* des romanistes. Elles classifient des notions de la législation justinienne ; mais cette législation contient, à côté des particularités romaines, des données qui sont universelles ou du moins presque universelles : l'erreur, l'ignorance juridique, le dol, la fraude. La classification de toutes les formes possibles d'erreur, d'ignorance... etc... n'était pas le produit d'une simple compilation de textes, mais une œuvre rationnelle.

D'ailleurs, pour les romanistes du moyen âge, Droit romain et raison écrite se confondaient. Les principes romains devaient être universels et c'est parce qu'ils étaient universels que leur autorité s'imposait à la raison.

Lorsque Rebuffus dresse son *Typus Exceptionum* il se fait de l' « exception » non pas une idée romaine, mais une idée universelle. Il y voit une situation qui peut se présenter de tout temps et dans toute civilisation : celle de l'accusé ou du défenseur qui ne peut pas repousser directement l'accusation ou la demande mais invoque un moyen détourné, une circonstance accessoire, une excuse pour se libérer. Et il exprime sa pensée à l'aide d'une image. C'est Adam, le premier père,

qui au moment du péché originel inventa la première « exception » de procédure. Convaincu d'avoir mangé la pomme et ne pouvant nier que cela lui était défendu, il insinue respectueusement que le Père Eternel pourrait bien être le premier coupable dans toute l'affaire. « Mulier, quam dedisti mihi sociam, dedit mihi de ligno et comedi. » Ce qu'il aurait pu exprimer en toute franchise : « Je t'ai désobéi, mais c'est toi qui m'as donné la femme qui m'a excité à la désobéissance. » D'ailleurs Jéhova, avec la désinvolture d'un tribunal suprême, évita de répondre clairement à cette première « exception ».

Sous cette forme imagée, le montpelliérain Rebuffus a certainement voulu exprimer qu'il dressait son *Typus Exceptionum*, au-dessus du Droit romain, au-dessus de toute législation concrète, en pleine abstraction.

Chez Austin, le caractère abstrait est plus frappant encore, bien que sa méthode reste toujours un peu ambigue.

Une étude approfondie de ces tableaux juridiques mettrait en lumière un phénomène intellectuel qui n'est pas très fréquent : la transformation d'une science d'observation en science a priori par degrés insensibles, transformation qui lui apporte une nouvelle importance et une nouvelle autorité.

LITTÉRATURE SUR LES VÉRITÉS EXPÉRIMENTALES ET LES CATÉGORIES JURIDIQUES

LIARD. *Logique*, p. 120. « En présence des secrets de la nature, l'esprit humain ne demeure pas inerte et passif ; en vertu d'une tendance invincible, il *imagine* des causes aux phénomènes dont les causes ne lui apparaissent pas spontanément; cette tendance crée les mythologies populaires ; elle crée aussi la science ; seulement alors que le peuple accepte, sans les soumettre au contrôle des faits, les explications qu'il imagine, le savant transforme ses *hypothèses* en *interprétations* ou *explications* véritables. »

Claude Bernard. *Introduction à la médecine expérimentale*, p. 31. « Une idée neuve apparaît comme une relation nouvelle, inattendue, que l'esprit aperçoit entre les choses. Toutes les intelligences se ressemblent sans doute, et des idées semblables peuvent naître chez tous les hommes, à l'occasion de certains rapports simples des objets que tout le monde peut saisir. Mais, comme les sens, les intelligences n'ont pas toutes la même puissance, ni la même acuité, il est des rapports subtils et délicats qui ne peuvent être sentis, saisis et dévoilés que par des esprits plus perspicaces, mieux doués et placés dans un milieu intellectuel qui les prédispose d'une manière favorable. »

Faraday. *Modern culture*, p. 222. « The world little knows how many of the thoughts and theories which have passed through the mind of a scientific investigator have been crushed in silence and secrecy by his own severe criticism and adverse examination ; that in the most successful instances not a tenth of the suggestions, the hopes, the wishes, the preliminary conclusions have been realized. »

S. Jevon. *Logic*, p. 233. « It must not be supposed however that we can draw any precise line between observation and experiment, and say where the one ends and the other begins. The difference is rather one of degree than of kind ; and all we can say is that the more we vary the conditions artificially the more we employ experiment. I have said that meteorology is a science of *nearly* pure observation, but if we purposely ascend mountains to observe the rarefaction and cooling of the atmosphere by elevation.... we so vary the mode of observation as almost to render it experimental. »

Thomson and Tait. *Natural Philosophy*. I, p. 307. « In all cases when a particular agent or cause is to be studied, experiments should be arranged in such a way as to lead if possible to results depending on it alone ; or, if this cannot be done, they should be arranged so as to increase the effects due to the cause to be studied till these so far exceed the unavoidable concomitants, that the latter may be considered as only disturbing, not essentially modifying the effects of the principal agent. »

Windelband. *Einleitung in die Philosophie*. 1914, p. 240. « Die Kulturforschung oder die Geschichtswissenschaft, wie man bisher geläufiger zu sagen gewöhnt ist, bedeutet ein werthaftes Erkennen, während die Naturforschung nur den logischen Wert der Allgemeinheit im Auge hat uud sich sonst als eine wertfreie Weltansicht bezeichnen zu dürfen glaubt. Aber das Werthafte in der Geschichtsforschung besteht nun nicht etwa in der Schwächlich-

keit eines Moralisierens und Bewertens der Gegenstände, sondern vielmehr darin das hier die Gegenstände selbst wiederum erst in der Wissenschaft durch die Beziehung auf einen Wert zustande kommen. Durchaus nicht alles, was geschieht, ist darum geschichtlich : sondern Gegenstand der Kulturwissenschaften ist immer etwas, was mit Rücksicht auf einen der grossen Werte des Lebens aus der Unmenge dessen, was mit ihm und an ihm sonst noch geschehen ist, herausgehoben und damit eben zum historischen Gegenstande gemacht wird ;......

So sind der natürliche Kosmos und der historische Kosmos, wie sie von der empirischen Wissenschaft in letzter Instanz gewonnen werden, Neugebilde des wissenschaftlichen Denkens, und ihre Wahrheit besteht nicht in der Uebereinstimmung mit etwas genau so extra mentem Realem, sondern wiederum darin, dass ihre Inhalte der unermesslichen absoluten Realität angehören, aber diese nicht etwa als Ganzes, sondern eben nur als das vom menschlichen Wissen herausgearbeitete Stück enthalten.

Duguit. *Les transformations générales du Droit privé*, p. 62. « Si l'on dit : Une loi n'est obligatoire que lorsqu'elle est conforme à certains principes rationnels, immuables, toujours les mêmes en tous temps et en tous pays ; c'est la doctrine du droit naturel, doctrine périmée et que je repousse énergiquement. Mais si l'on dit : une loi ne s'impose que lorsqu'elle est conforme aux conditions de vie actuelles, momentanées et changeantes d'une société donnée, déterminées par l'observation et l'analyse rationnelle de son évolution et de sa structure ; c'est là, ce me semble, une doctrine tout à fait étrangère au droit naturel et aux conceptions *doctrinaires*, une doctrine d'ordre purement positif et d'inspiration vraiment scientifique. C'est celle que je défends. »

Hayem. *Le Droit de propriété et ses limites*, 1910, p. 2. « Il est beaucoup plus difficile de classer les faits, sans opinion préconçue de découvrir les mouvements d'opinion ou d'idées que ces faits révèlent, de relier aux faits des siècles passés ceux qui se déroulent sous nos yeux, de déterminer une évolution précise de la propriété privée et de s'élever ainsi, péniblement mais sûrement, à une conception scientifique du droit de propriété et à des perspectives sérieuses sur l'avenir. »

» Notre point de départ a été le suivant. C'est un fait que depuis le code Napoléon, le droit de propriété privée a été soumis à des entraves de plus en plus nombreuses. Ce fait est facile à observer non seulement en France, mais encore dans tous les pays civilisés..... c'est tout l'inverse d'un droit absolu ; c'est au contraire un droit essentiellement relatif, puisqu'il n'existe que sous de multiples conditions, puisqu'il est soumis à des charges innom-

brables et sans cesse croissantes : restrictions, impôts, limitations... Quelle est la portée de ce fait ? »

A. Rey. *Leçons élémentaires de psychologie et de philosophie*, p. 338. Les droits représentent l'acquis moral de l'humanité. La morale doit donc reposer sur l'observation de ces règles collectives, parce que seules elles sont précises et définies, et qu'elles sont bien le résultat des exigences vitales de l'humanité au moment où nous les observons, tandis que la conscience individuelle est changeante et variable.

Id., p. 339-340.

Avantages de la méthode inductive.

A. *Facilité de formuler par elle les règles morales.* — « Les sciences psychologiques et sociales, par la forme même des lois qu'elles nous permettent d'atteindre, se prêtent d'une façon remarquable à l'application de la méthode que nous venons d'indiquer (méthode inductive) : si bien que la part de l'hypothèse peut être très réduite dans la philosophie de l'action et que l'on peut arriver à des règles bien légitimées; ce qui était fort souhaitable, puisqu'il s'agit de la direction de toute notre vie et de l'orientation générale de l'humanité. Les lois psychologiques et sociales sont essentiellement, en effet, des *lois d'évolution*, des *formules de changement et de transformation*. Par suite, elles nous indiquent toujours une *direction*, une orientation de l'homme et de la société vers un état donné. La réflexion philosophique n'aura qu'à examiner cette direction que les faits lui imposent et à la préciser *par la raison* dans la mesure où elle reste indéterminée et vague. L'interprétation est déjà virtuellement dans le fait lui-même : la loi morale dans la loi scientifique. »

Husserl. *Ideen zu einer reinen Phänomenologie*. 1913.

P. 3. « Die Psychologie ist eine Erfahrungswissenschaft. Darin liegt, bei der üblichen Bedeutung des Wortes Erfahrung, ein Doppeltes :

1° Sie ist eine Wissenschaft von *Tatsachen*, von matters of fact im Sinne D. Humes.

2° Sie ist eine Wissenschaft von *Realitäten*. Die Phänomene, die sie als psychologische « Phänomenologie » behandelt, sind reale Vorkommnisse, die als solche, wenn sie wirkliches Dasein haben, mit den realen Subjekten, denen sie zugehören, der einen räumlich-zeitlichen Welt als omnitudo realitatis sich einordnen.

Demgegenüber wird die reine oder transzendentale Phänomenologie nicht als Tatsachenwissenschaft, sondern als Wesenswissenschaft (als eidetische Wissenschaft) begründet werden ; als eine Wissenschaft, die ausschliesslich « Wesenserkenntnisse » feststellen will und durchaus keine « Tatsachen ». Die zugehörige

Reduktion, die vom psychologischen Phänomen zum reinen « Wesen », bzw. im urteilenden Denken von der tatsächlichen (empirischen) Allgemeinheit zur « Wesens » Allgemeinheit überführt, ist die eidetische Reduktion ».

JEAN JAURÈS. *De la réalité du monde sensible*. P. 126.

« Dès qu'il y a eu des hommes en société, toutes les forces essentielles qui meuvent les sociétés humaines ont été données, au moins en préparation et en germe : l'idée de famille, de propriété, l'idée du droit existaient au moins enveloppées. Il serait probablement impossible de prendre une quelconque de ces idées et d'en déduire les autres; cela n'empêche pas le progrès dans les sociétés humaines : »

. . . .

« Ainsi dans l'univers, comme dans les sociétés, il n'y a pas de création d'idées nouvelles, de rapports essentiels nouveaux. De même que le bien et le mal, l'acte et la puissance, Dieu et le monde sont donnés éternellement, de même les rapports essentiels de l'être avec lui-même, de l'universel avec l'universel, de l'universel avec l'individuel, de l'individuel avec l'individuel sont éternellement donnés. A vrai dire, ces rapports sont nécessairement donnés avec l'être et la conscience, puisqu'ils sont les rapports de l'être avec la conscience. »

AUSTIN. *Lectures on Jurisprudence*. 5e édit., 1911, p. 32.

« I have borrowed the expression « the philosophy of positive law » from a treatise by Hugo, a celebrated professor of jurisprudence in the University of Göttingen, and the author of an excellent history of the Roman Law. Although the treatise in question is entitled « The law of nature », it is not concerned with the law of nature in the usual meaning of the term. In the language of the author it is concerned with law of nature as *a philosophy of positive law.* » But though this last expression is happily chosen, the subject and scope of the treatise are conceived indistinctly. General jurisprudence or the philosophy of positive law, is blended and confounded, from the beginning to the end of the book, with the portion of deontology or ethics, which is styled the science of legislation. Now general jurisprudence or the philosophy of positive law, is not concerned directly with principles and distinctions, which are common to various systems of particular and positive law; and which each of those various systems inevitably involves, let it be worthy of praise or blame or let it accord or not with an assumed measure or test. Or (changing the phrase) general jurisprudence or the philosophy of positive law, is concerned with law as it necessarily is, rather than with law as it

ought to be; with law as it must be *be it good or bad,* rather than with law, as it must be, *if it be good.* »

« The subject and scope of general jurisprudence as contradistinguished to particular jurisprudence are well expressed by Hobbes in that department of his Leviathan which is concerned with civil (or positive) laws. « By civil law (says he), I understand the laws that men are therefore bound to observe, because they are members, not of this or that commonwealth in particular but of a commonwealth . . . .
My design is to show, *not what is law here or there, but what is law :* As Plato, Aristotle, Cicero and divers others have done, without taking upon them the profession of the study of law. »

BUNGE. *Il Diritto, trad. dalla 3a ed. spagnuola,* p. DOT. MARIO BERTUSIO. 1909.

P. 91. « Partendo da questi principi, Austin, giunge in effetto nelle sue *Lectures* a delineare una teoria del diritto eminentemente realista e quasi scientifica. Attribuisce ai costumi l'origine del diritto, come la scuola storica, e, d'altra parta, determine la sovranità come il principio di tutta l'autorità giuridica, questo duplice concetto del *common law* e della *sovranita* e apparentemente contradditório e anche antinomico; però salva la contraddizione e risolve l'antinomia con la celebre massima « quello que la sovranità permette, lo comanda ». Come vedremo nello studiare la vera origine e natura del diritto, havvi in questa massima la sua parte di speculazione, e la sua parte di osservazione positiva, cioè a dire semi-speculativa e semi-positiva. »

ROGUIN. *La règle de Droit.*

Avant-propos. « Nous avons eu pour but d'analyser les règles de droit ayant existé historiquement ou même seulement imaginables, possibles, de montrer la nature distincte du rapport juridique à l'égard des relations d'autres espèces et d'en dégager les éléments constants. »

Introduction, p. 9. « La fonction de la science pure ou *théorématique* . . . . . . se distingue donc, en premier lieu, de toute autre par ceci que les données sur lesquelles elle opère ne sont point *nécessairement* empruntées à l'histoire, n'ont pas toujours une réalité historique. . . . . »

P. 10. « Le deuxième trait caractéristique qui sépare la science pure de tout autre genre d'activité est qu'elle étudie des relations *forcées.* Elle recherche les conséquences implicitement contenues dans les prémisses qu'elle pose; son principe est celui de la *nécessité;* elle est la connaissance des conséquences nécessaires du possible. Le but de la science pure ne peut pas être de découvrir des vérités dépassant ses données : autrement le caractère de né-

cessité absolue qui la distingue disparaîtrait. Il est seulement de faire apparaître les résultats entraînés infailliblement par certaines suppositions. Les mathématiques découlent nécessairement d'une série de données simples. »

ADOLPHE REINACH. *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts,* dans Jahrbuch f. *Philo- u. Phänomenologische Forschung*, p. 839 et suiv. « Nach Adolf Merkel hat die allgemeine Rechtslehre das zu bearbeiten, was den verschiedenen Rechts disziplinen gemeinsam ist, sowie die Gesetze der Entwicklung des Rechtes festzustellen. Nach Bierling fällt der juristischen Prinzipienlehre die Aufgabe zu, das « herauszufinden, was in allen positiven Rechten gleichartig ist oder, mit anderen Worten, was der Gattung « Recht », im Gegensatz zu allen Einzelrechten — angehört. Die apriorische Rechtslehre, in ihrer prinzipiellen Unabhängigkeit von jedem positiven Rechte, hat damit nichts zu thun. Wohl aber vermag sie in gewisser Weise die Möglichkeit einer allgemeinen Rechtslehre erst verständlich zu machen. Dass wir in allen Rechtssystemen gewisse Begriffe und begriffliche Zusammenhänge wiederfinden, kann kaum begreiflich sein für die Ansicht, welche in ihnen durchaus willkürliche und an keinem objektiven Sein orientirte Schöpfungen der jeweils rechtsetzenden Faktoren sieht. Und ebenso rätselhaft muss es für sie sein, das aus verschiedenartigen Disziplinen desselben Rechtssystemes gleichartige Begriffe und Zusammenhänge herausgehoben werden können. Man hat sich in jüngster Zeit bekanntlich mit schönem Erfolge bemüht, das öffentliche Recht mittels « zivilrechtlicher Begriffe » zu bearbeiten. Eine erkenntnis-theoretische Fundierung vermag dieses Verfahren nur von den apriorischen Rechtslehre aus zu erhalten. Nicht um ein Hineintragen von Kategorien eines Gebietes in ein fremdes kann es sich hier handeln ; das wäre nicht nur ein unwissenschaftliches, sondern auch ein unmögliches Unternehmen. Kategorien werden nicht « *erzeugt* » und nicht willkürlich « *angewandt* », sondern sie werden *entdeckt.* »

MIRCEA DJUVARA. *Le fondement du phénomène juridique.* 1913. « L'idée d'obligation apparaît nécessairement, car ce n'est pas la connaissance du monde pratique qui nous la donne empiriquement, mais elle sert de condition première et de base logique à toute connaissance de ce genre, de la même manière dont l'espace et le temps servent de condition logique à toute expérience sensible et naissent par conséquent avec nécessité dans toute expérience sensible. Par l'espace et le temps chaque objet est individualisé, et est conçu aussi comme faisant partie d'un tout ; par l'idée d'obligation les personnalités se délimitent entre elles et s'individualisent, mais en même temps elles s'opposent et par

conséquent chacune apparaît comme faisant partie d'un tout qui est la société. On ne pourra jamais trop insister sur ce parallélisme, car il est la clef explicative de tout système du monde pratique. »

DUPONT. *La fonction et l'idéal de la géométrie* sur Hilbert. *Les fondements de la géométrie. Rev. Phil.* T. XLI. « On pourrait supposer une géométrie purement inductive et expérimentale. La loi de l'hypoténuse pourrait être établie en mesurant des triangles rectangles et un nombre considérable de triangles non rectangles. Mais, même dans cette hypothèse, ses propositions seraient enchaînées les unes aux autres dans un système déductif encore inconnu, mais déterminé et connaissable. »

RÉCÉJAC. *La logique des mœurs. Rev. Phil.* XLI. 11 nov. 1915. P. 435. On a parlé surtout de la « linguistique » et de l'économie politique, comme exemple de ces séries de faits sociaux dociles à la méthode expérimentale. — Nous ne voudrions aucunement diminuer la part de déterminisme qui gît au fond de ces manifestations partielles de l'immense fait social. Mais, outre que toute la réalité sociale n'est pas là, il s'en faudra bien par exemple, qu'on ait dominé le problème du langage quand on aura épuisé les trésors d'explications que peuvent nous fournir l'analogie, d'un côté, et l'imitation de l'autre. Le passage de la pensée symbolique à la pensée discursive, qu'il faudrait expliquer, n'est pas dû principalement à cette double sorte de faits : l'imitation et l'analogie n'ont eu là qu'un rôle de moyens et il reste à chercher sous quelle pression interne les hommes y ont eu recours. Cette pression, bien moins superficielle que l'instinct d'imitation et complètement in-assujettie au déterminisme, ce fut le *besoin analytique* par lequel les premiers hommes jusque-là bornés à l'expression symbolique, ont été poussés à enfoncer dans les choses le coin le mieux aiguisé des mots, dont la souplesse syntaxique s'adapte indéfiniment à la complexité du réel. L'Analyse, créatrice du langage à titre bien plus sérieux que l'Analogie, représente un genre d'activité qui plus on le regarde, moins offre-t-il d'autres rapports avec l'activité mécanique qu'un rapport d'opposition absolue.

BINDER. *Ueber kritische u. metaphysische. Rechtsphilosophie. Archiv. f. R. u. W. phil. 1916, p. 272.* « Im Gegensatz zu dieser Auffassung müssen wir, in folgerechter Durchführung des kritischen Gesichtspunktes, vielmehr behaupten : Die Rechtsidee ist inhaltlos ; sie sagt dem Gesetzgeber nicht, welche empirischen Rechtsnormen er aufstellen soll ; er kann keine Methode keine Technik, keine Praxis des richtigen Rechtes geben. Wie vielmehr alle Moral, an der absoluten Norm der Ethik gemessen unrichtige

Moral ist. . . . . so ist alles empirische Recht, sei es nun geltendes oder nur gedachtes, nur der unvollkommene menschliche Ausdruck der Idee des Rechts, die selbst niemals irdische Gestalt annehmen kann. »

« . . . . . Stammler sucht, wie ich, nach dem reinen oder formalen Begriff, der Rechtswissenschaft überhaupt ermöglicht, indem er erkennt, dass es hier wie in der Naturwissenschaft ein apriorisches und konstitutives Moment geben muss, das uns ermöglicht einen Bewusstseininhalt bestimmter Art als einen rechtlichen zu erfassen und aus ihm Rechtsbegriffe zu bilden ; aber es gelingt ihm nicht dieses Moment zu finden, ... » p. 274. « Der « reine Rechtsbegriff » Stammlers hat m. a. W. einen *Inhalt*. Dies ist die Klippe, an der sein Versuch einer kritischen Begründung der Rechtswissenschaft scheitert. »

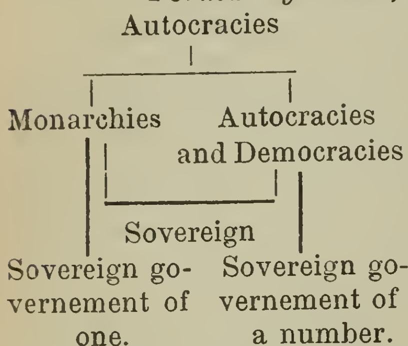
ROGUIN. *La Règle de Droit,* p. 13. « Il est incontestable que toute relation juridique comprend certains éléments essentiels, met en rapport certains termes qu'il est loisible de retrouver dans toutes les parties du champ de la jurisprudence . . . . . Si cela n'était pas, le droit n'aurait aucun domaine propre, indépendant; or l'usage commun de la langue et une vue rapide sur les institutions sociales font entrevoir, l'analyse exacte démontre que ce domaine de faits sociaux *sui generis* existe. »

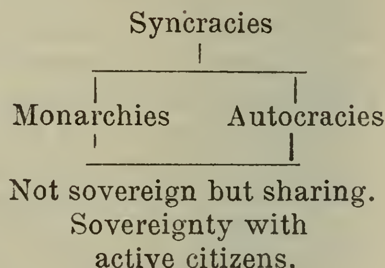
BINDER. *Ueber kritische und metaphysische Rechtsphilosophie. Archiv. f. R. u. W. phil.* Januar. 1916. p. 147. « Es handelt sich um die Frage, *was Recht ist* ; was uns die Berechtigung giebt, einen Bewusstseininhalt, genauer ein Phänomen unseres empirischen Gesellschaftslebens als ein *rechtliches,* im Gegensatz zu anderen, die wir sittliche, konventionelle, religiöse und so weiter... nennen, zu bezeichnen. Diese Frage kann aus der blossen Rechtsempirie nicht beantwortet werden ; denn damit wir überhaupt empirische Rechtsforschung und Rechtswissenschaft betreiben können, müssen wir zunächst unser Arbeitsgebiet als etwas *Rechtliches* bestimmt haben ; damit wir Normen Regeln, Verhältnisse als *Rechts*normen, *Rechts*regeln, *Rechts*verhältnisse bezeichnen können, müssen wir darüber klar sein, was das heisst, mit anderen Worten was Recht ist. »

ROGUIN. *Traité de Droit civil comparé.* T. I. p. 16. « Nous avons adopté un plan à peu près nouveau. Au lieu de faire une série d'études de droit romain, français, allemand, anglais, etc., comprenant chacune l'exposé des principes et celui du détail, nous posons successivement, dans l'ordre de généralité décroissante, les diverses questions que fait naître la vie sociale ; et, à tous les degrés, nous indiquons les réponses fournies par les législations

positives, ou, si l'on veut, les systèmes par elles adoptées. En deux mots, à l'ordre géographique, nous substituons un plan rigoureusement systématique et analytique. »

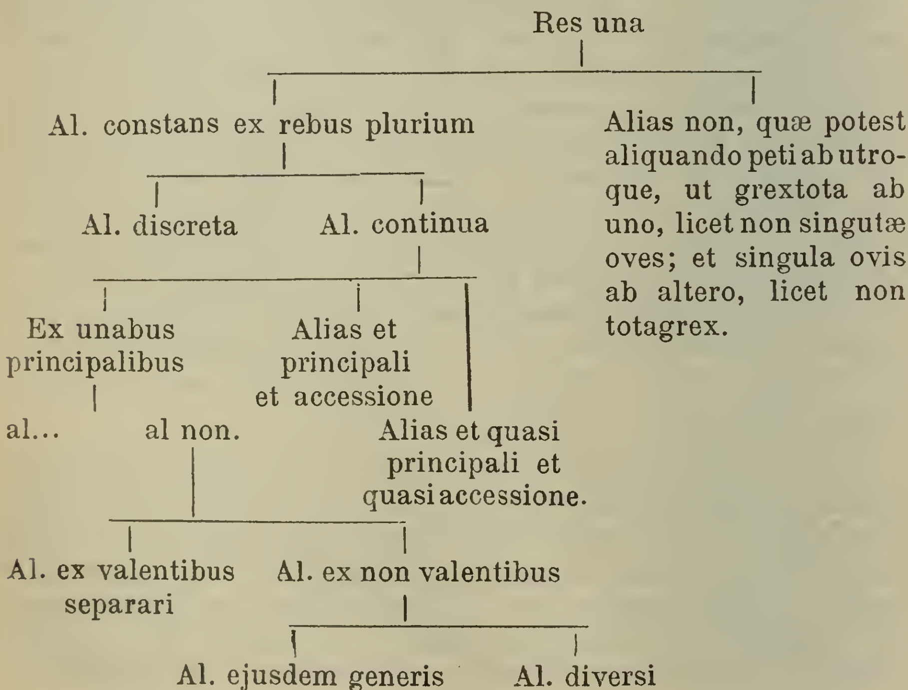
AUSTIN. *Lectures ou Jurisprudence.*
Forma regiminis, Table VII.





VIELLE « DISTINCTIO » *vraisemblablement pré-bolonaise. Manuscrit 82. Bibl. Montpellier* f° 81. « Causa alia decisa, alia non decisa. Decisa alia sententia, alia jurejurando, alia pacto. Pacto decisa alia gratuitu, alia non gratuitu. Jurejurando decisa alia ex consensu utriusque partis, vel judice delato vel prestito, vel remisso. »

DISTINCTIO SCHÉMATIQUE. *Turiner Glosse. Savigny Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter.* III, 677.



CHAPITRE XIV

La pensée métaphysique et le droit.

Bibliographie. — Spinoza, *Tractatus theologico-politicus ;* — Leibniz, *Methodus nova jurisprudentiæ ; Codex juris gentium diplomaticus. Introductio ;* — Kant, *Kritik der praktischen Vernunft.*

L. Dauriac, *Essai sur la notion d'absolu dans la métaphysique immanente, Année philos.* 1913, p. 97 ; — Renouvier, *Science de la morale ;* — Renouvier et L. Prat, *La nouvelle monadologie ;* — Secrétan, *Les droits de l'humanité ; Le principe de la morale ; Correspondance de* Renouvier *et* Secrétan ; — Charles Wyler, *Les principes de la philosophie morale et de la morale rationnelle de Renouvier,* 1912 ; — A. Fouillée, *Kant a-t-il établi l'existence du devoir ? ;* Boutroux, *La morale de Kant et le temps présent ;* Th. Ruysen, *Kant est-il pessimiste ?* Ces trois articles dans *Rev. de métaphysique et de morale,* mai 1904 ; — Divers articles dans les *Kantstudien, philosophische Zeitschrift ;* — Vierkandt, *Machtverhältnis und Machtmoral.*

Arthur Liebert, *Der Geltungswert der Metaphysik.*

Henri Secrétan, *La Société et la Morale ; La population et les mœurs,* 2e éd. 1915. c. V. *Le Droit et la Force ;* — Jellineck, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge ;* — Emge, *Ueber das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus,* 1916.

Boistel, *Cours de philosophie du Droit,* Paris 1899 ; — Romini, *Filosofia del diritto,* 1839 ; — Beausire, *Principes du Droit,* 1888 ; — Ahrens, *Cours de Droit naturel ou de philosophie du Droit ;* — Fouillée, *L'idée moderne de Droit en Allemagne, en Angleterre et en France ;* — Beudant, *Le Droit individuel et l'Etat ;* — Picard, *Le Droit pur.*

Freihr. von Hertling, *Recht, Staat und Gesellschaft,* 1906 ; — R. P. Cathrein, *Moralphilosophie ; Recht, Naturrecht und positives Recht ; Die Grundlagen des Völkerrechts* im *Archiv. f. R. u. W. Phil.* 1916 ; *Hat Papst Gregor VII. den Staat für ein Werk des Teufels und der Sünde erklärt, Arch. f. R. u. W. Phil.* 1917 ;

— v. Bar, *Grundlagen und Kodifikation des Völkerrechts*, in *Arch. f. R. u. W. Phil.* 1913, p. 145 ; — Schœn, *Zur Lehre von den Grundlagen des Völkerrechts, Arch. f. R. u. W. Phil.* 1915.

Vierkandt, *Ueber die Stetigkeit im Kulturwandel; Staat und Gesellschaft in der Gegenwart*; — Trœltsch, *Das stoïsch-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht. Verhandl. des ersten deutsch. Social.-Tages*, 1910 ; — D. Manuel, Muñaz Flores, *El Deber juridico social* ; — Sanz del Rio, *Lecciones sobre el sistema de la filosofia* ; — Giner de los Rios, *Filosofia del derecho* ; — D. Rafael de Ureña y Semenjaud, *Discurso*, 1906-1907 ; *Suma de la politica*, por Rodriguez Sánchez de Arívalo ; — — Barreto de Menezes, *Questoes vigentes de Philosophia et de Direito* ; — Peretiat Kowicz, *Die polnische Rechtsphilosophie in den letzten Jahren* (1911-1914).

Burle, *La notion de droit naturel dans l'antiquité grecque*, 1908 (bonne bibliographie) ; — R. Hirzel, *Themis, Dike und verwandtes*, 1907 ; Αγραφος νόμος 1903 ; — Caillemer et Paul Gide, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, V° Δίκη ; — Ernest Lyon, *Le Droit chez Isidore de Péluse*; *Etudes d'histoire juridique offert.* à P. F. Girard, 1913, p. 209.

Ahlwardt, *Verzeichniss der arabischen Handschriften königl. Biblioth. zu Berlin*, IV. B. *Jurispr. Philosophie* ; — Freytag, *Arabum proverbia; Lexicon Arabico Latinum* ; — Mahmoud Fathy, *Doctrine de l'abus des Droits*. Préface de Lambert.

Pollock, *La continuité du droit naturel, Annales internationales d'histoire. Congrès de Paris*, 1900 ; — Grabmann, *Die Geschichte der scholastischen Methode*, 1909 ; — Stockums, *Die Unveränderlichkeit des natürlichen Sittengesetzes in der scholastischen Ethik* ; — J. Kohler, *Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. u. 17. Jahrhunderts*. im *Arch. f. R. u. W. Phil.* 1917 ; *Lehrbuch der Rechtsphilosophie. Einleitung. Exkurs.*

Coras, *De Justitia et Jure*, 1603 ; — Hooke, *Religionis naturalis et revelatæ principia*, 1754.

Thélin, *La liberté de conscience*, 1917 ; — Picard, *Esquisse d'une histoire générale et comparée des philosophies médiévales*. 2e éd. 1907.

§ 1. — **La pensée métaphysique.** — Il y a quelque vingt ans, dans le but, peu louable sans doute, d'attrister les âmes pieuses et naïves, un groupe de conférenciers parcouraient jusqu'aux plus petites villes de France, offrant à la discussion publique la même thèse abondamment affichée sur toutes les

murailles : « L'hypothèse Dieu devient de moins en moins probable. » L'« hypothèse Dieu » connut la même popularité que, quelques ans plus tard, « les étoiles éteintes » ; elle eut le même succès d'enthousiasme et de scandale.

A vrai dire, elle ne méritait ni succès, ni scandale. « Dieu » est une conception métaphysique, partant hypothétique. Mais les conceptions métaphysiques ne sont pas soumises au calcul des probabilités. Envisager les solutions possibles du grand problème de l'univers, comme autant de chevaux de course qui ont plus ou moins de chances de gagner la partie est peu scientifique, peu philosophique, mais très humain. L'« hypothèse Dieu », tout comme l'« hypothèse non-Dieu », ne sauraient ni rien perdre ni rien gagner en valeur logique du fait des sciences expérimentales auxquelles elles sont étrangères. Elles peuvent perdre ou gagner en autorité, suivant les circonstances, sur la psychologie vacillante de l'humanité.

La métaphysique est constituée par une série d'hypothèses sur l'inconnu conduite d'après les méthodes de la logique rationnelle. Elle se justifie en logique pure. La conjonction « si » est un élément essentiel de la logique mathématique. La métaphysique, pour rester logique, doit établir comme hypothétique ce qui est hypothétique, et comme positif ce qui est positif. La conclusion d'un raisonnement métaphysique doit contenir exactement autant d'éléments hypothétiques qu'il y en a dans les prémisses. Le travail métaphysique ne saurait avoir pour résultat d'augmenter la probabilité d'une solution quelconque forcément invariable. Elle permet uniquement de se rendre compte de tout ce que contient une donnée hypothétique. Sous cette forme, elle est aussi légitime qu'utile.

On dit souvent : « Où cesse la certitude scientifique, commence la foi. » Et c'est faux : où cesse la certitude scientifique commence le doute scientifique. Le domaine de l'incertain n'est pas forcément abandonné à toute imagination, à toute fantaisie, à toute impulsion personnelle. Le doute méthodique peut l'ordonner, le pénétrer, le faire comprendre sans lui ôter son caractère incertain. La logique travaille dans l'hypothèse

avec les mêmes procédés que dans le positif, bien que sa tâche soit alors un peu plus délicate.

Le mot « métaphysique » est pour beaucoup synonyme de rêverie et d'absurdité. C'est un terme très décrié dans beaucoup de milieux même savants. Cela doit d'ailleurs nous être parfaitement indifférent. Le mot « philosophie » avait aussi peu de prestige à l'époque de ma jeunesse, et je me rappelle avoir vu un savant se fâcher tout rouge parce qu'un de ses confrères lui avait imprudemment attribué « un esprit vraiment philosophique ».

Un célèbre libre-penseur s'était interdit de prononcer jamais le nom de Dieu. « Ce n'a pas été sans peine, disait-il, mais j'y ai réussi, Dieu merci. » Ainsi faut-il se méfier de ceux qui prétendent ne jamais faire de métaphysique. S'ils y réussissent, c'est un fameux tour de force. Le plus souvent — sinon toujours — ils croient y avoir réussi parce qu'ils sont de mauvais observateurs de leurs propres pensées.

Car les liens entre la métaphysique, d'une part, la science positive et la vie pratique, d'autre part, sont extrêmement serrés. Il ne faut pas croire qu'ils aient été dénoués et que quelqu'un les dénouera. Ce n'est que par une convention arbitraire qu'il est possible de séparer l'une des autres.

Les notions les plus indispensables à la science la plus positive conduisent à la métaphysique ceux qui veulent en comprendre la nature et ne pas s'arrêter à la superficie de la simple observation. Ainsi la notion de cause et la notion d'espace sont essentiellement positives, et peu d'esprits positifs en nieront la réalité. Mais lorsque le brahmane Kanada, dans les forêts de l'Inde, se demandait quelle est la cause de l'espace et si l'espace peut avoir une cause, il se posait un problème de haute métaphysique. Combien de penseurs, d'intellectualité et de mœurs peu semblables, disséminés sur la surface de la terre, ont, sans se connaître, posé la même question. Et n'est-il pas frappant qu'après des siècles et des siècles, un homme comme Herbert Spencer, qui a consacré tant d'efforts à donner du monde concret une explication positive et scientifique, ait

reproduit, presque dans les mêmes termes, les préoccupations métaphysiques du vieux philosophe indou.

Les bases de toute notre logique sont également métaphysiques. Il en est ainsi de l'a priori comme de l'a posteriori, de l'induction comme de la déduction. Si on a l'indiscrétion de rechercher une justification complète de la méthode expérimentale, ou des sciences mathématiques, de se demander ce que l'observation peut nous révéler de la nature des choses, on pose autant de problèmes métaphysiques. Sans doute on peut s'en tenir à la pratique de l'expérience et de la logique, qui seuls peuvent nous donner des résultats certains pour notre intelligence, et négliger les formes du travail intellectuel qui ne peuvent légitimement conduire qu'à des solutions hypothétiques. Mais ce n'est pas le devoir strict d'un cerveau sain de s'abstenir devant les grandes énigmes de l'existence toujours insolubles, mais profondément captivantes. On ne peut classer la pensée métaphysique parmi les divagations intellectuelles ou sentimentales. C'est, au contraire, l'ordre de pensée le plus élevé et sans lequel la civilisation humaine serait peu de chose.

La vie pratique, encore moins peut-être que la vie théorique, ne peut se passer d'entités métaphysiques. Le Beau, le Bien, le Juste ne sauraient trouver aucune justification positive, et que serait l'humanité, privée de ces trois conceptions? La croyance en la transcendance de ces trois idées a dirigé toute l'histoire, et on ne pourrait comprendre l'histoire du Droit en oubliant que les hommes ont toujours cru à une justice planant au-dessus du monde. Empruntons à Binder, pour lui faire jouer un rôle un peu différent, une comparaison heureuse. Expliquer l'origine d'un tableau, c'est exposer les circonstances qui l'ont fait naître, les motifs qui ont agi sur le peintre pour le pousser à travailler, les influences qui l'ont fait choisir son sujet et le traiter de telle ou telle manière. Mais, pour si minutieuses qu'elles soient, ces explications ne seront pas suffisantes. Le peintre a voulu faire beau; il a cru au beau abstrait et idéal, d'une façon confuse peut-être, mais il y a

cru. Car s'il n'avait eu aucune croyance dans le beau, il n'aurait pas gâté de la toile et de la couleur pour faire œuvre inutile. De la même façon, la croyance plus ou moins consciente en un idéal de justice a dirigé les hommes dans la confection du Droit, et cette croyance constitue un facteur de l'histoire qu'on ne saurait dédaigner.

Ainsi donc, il convient de dégager la pensée métaphysique dans le Droit, comme une forme de pensée spéciale, et d'en reconnaître la légitimité et l'importance. Mais, bien entendu, il convient d'en délimiter aussi exactement que possible la portée. Il faut surtout éviter de faire de la métaphysique sans le savoir et sans l'avouer.

Celui qui abandonne le domaine du positivisme pour l'idéal doit savoir ce qu'il fait. La vérité est une ; il n'y a qu'une vérité. Pour les vérités que nous pouvons saisir et préciser, notre devoir est de les réduire à l'unité. Tel est le domaine de la science positive. La science positive est la science des vérités réductibles à l'unité ; la métaphysique est la science des vérités pour nous irréductibles à l'unité. Notre devoir est de rassembler toutes les solutions possibles et de ne donner à aucune la préférence.

§ 2. — **La justice transcendante.** — « Un roi sans justice est une rivière sans eau, » dit un proverbe arabe, et le roi étant la personnification du Droit, on peut aussi dire : « Un Droit sans justice est une rivière sans eau. » Ni le sentiment, ni la raison, ni la logique ne peuvent donner au Droit un contenu. Ils peuvent en creuser le lit, en assurer les rives ; mais la justice donne à la science juridique sa raison d'être.

Mais qu'est-ce que la justice ?

Parmi les entités métaphysiques qui nous guident dans l'existence, la justice est la seule de laquelle on ait donné depuis longtemps une définition simple et claire. Tandis qu'il serait bien difficile, sinon impossible, de définir le Beau et le Bien, les deux mots latins « *suum cuique* », « à chacun le sien », sont aussi précis et aussi riches qu'une définition puisse être.

Du principe « *suum cuique* » on peut, avec le seul concours de la logique positive, déduire un nombre infini d'applications pratiques. Ce travail en lui-même n'aurait rien de métaphysique. On pourrait faire un travail identique sur tout autre principe, « à chacun le bien d'autrui », par exemple. La logique positive ne peut pas expliquer pourquoi le « *suum cuique* » est mieux qualifié pour servir de règles de conduite dans certaines circonstances que tout autre principe quelconque. Or la formule en elle-même ne sert à rien, si on ne peut y voir un idéal auquel il convient de se conformer autant que possible. Par quelle opération intellectuelle pouvons-nous transformer en idéal une phrase qui, logiquement, n'est qu'une phrase comme une autre ? Telle est la question qui se pose et à laquelle il est diversement répondu.

I. *Solution politique.* — Pour un certain nombre d'esprits — plus nombreux peut-être qu'il ne paraît — le problème n'existe même pas. La justice est un mot dans lequel il n'y a rien ; mais c'est un mot populaire qui possède, par suite, une force d'action. Aussi faut-il toujours prétendre agir d'après la justice, mais suivre en réalité tout autre règle de conduite plus positive. Ainsi certains rabbins disaient-ils de certains psaumes difficiles à interpréter qu'ils étaient faits pour être chantés et non discutés. Bien souvent, en politique, la justice « se chante » ; c'est un beau mot de rhétorique, et, pour entraîner les foules, la rhétorique est autrement puissante que la logique.

II. *La justice subjective.* — La conception de la justice serait, dans ce second système, purement subjective. Elle serait produite par un certain état de notre cerveau. Comme elle ne pourrait résulter d'un travail logique, elle serait de nature émotive ou sentimentale. Evidemment, le sentiment et l'émotion de justice jouent un grand rôle dans la vie sociale. Le sentiment est particulièrement respecté comme étant la manifestation d'une idée de justice. Si cette idée est pure illusion, il ne subsiste qu'un simple état nerveux, et cet état nerveux ne peut modifier en rien la nature logique d'une formule. Le « *suum cuique* », la justice, dans cette conception, n'existe pas plus que dans la précédente.

III. *Conception collective de la justice.* — La justice est parfois présentée comme le reflet de la conscience collective. Sa conformité à l'opinion publique en ferait la valeur. Mais y a-t-il une opinion publique et où la trouver? Les mouvements d'opinion sont contradictoires et il est facile de les provoquer lorsqu'on possède le pouvoir politique ou le pouvoir financier. En y mettant le prix, on pourrait provoquer un mouvement d'opinion pour contraindre les gens à marcher sur les mains, les pieds en l'air. Cette notion d'opinion publique devrait être tout à fait négligée en philosophie.

Le philosophe-sociologue Vierkandt a essayé d'épurer cette notion en proposant de consulter, au lieu de la foule, le « spectateur désintéressé ». Il remarque que dans toute querelle les motifs qui font agir les parties contendantes sont d'ordre inférieur; tandis que l'opinion des spectateurs désintéressés est basée sur des considérations d'ordre supérieur. Par suite, on pourrait trouver dans la psychologie de ce spectateur désintéressé le meilleur criterium pour apprécier la justice ou l'injustice d'une cause.

L'observation psychologique et historique oblige à ne pas trop se faire d'illusions à cet égard :

1° Y a-t-il vraiment des spectateurs désintéressés qui sachent rester spectateurs? Et s'il y en a, y en a-t-il beaucoup? Le tempérament de l'homme le porte à prendre parti même dans les causes où il n'a aucun intérêt. Deux chiens qui se battent font battre toute une ville ; un valet brave un autre valet, en se mordant le pouce, et les vieux gentilshommes de Vérone tirent leurs épées. Conserver son sang-froid et juger objectivement chacun des éléments d'une querelle est extrêmement difficile pour un individu. Pour une collectivité, c'est totalement impossible.

2° Si, d'ailleurs, les spectateurs désintéressés sont mieux à même de juger, il leur faut toutefois un criterium pour juger. Ce criterium ne saurait être que le « *suum cuique* », la justice. Cet hommage rendu à la justice est heureux, mais ne suffit pas à en expliquer la nature et l'autorité.

IV. — *Justice muable et justice immanente.* — Accorder la mutabilité incontestable des institutions et des conceptions humaines sur la justice et la morale avec une notion de la justice qui puisse servir à quelque chose a préoccupé bien des penseurs. Il ne saurait être question d'examiner tous les systèmes qui ont tenté cette conciliation en écartant l'idée d'immutabilité et de transcendance de la justice que l'on croyait définitivement ruinée. Pouvons-nous concevoir un idéal émanant de nous-mêmes et changeant à mesure que nous changeons nous-mêmes? pouvons-nous recourir à cet idéal pour guider la direction de nos actes et juger les faits de la vie réelle? L'un et l'autre sont radicalement impossibles : une justice muable et une justice immanente sont totalement incompréhensibles.

L'esclavage a-t-il pu jamais être juste? Nous n'hésiterons pas à répondre : non. Pourtant, il a pu être heureux pour l'humanité, indispensable au développement de la civilisation; certains esclaves ont pu avoir une vie matérielle et intellectuelle beaucoup plus agréable et élevée que beaucoup d'hommes libres. Les penseurs anciens ont considéré l'esclavage comme légitime. Sans doute; mais tout cela n'a rien à faire avec l'idée de justice résumée dans le *suum cuique*. Dire que l'esclavage a pu être juste, c'est vider le mot de justice de tout sens logique, ou du moins lui donner un autre sens. Or si l'on change le sens d'un mot, la forme extérieure reste seule, aucun des éléments internes ne subsiste nécessairement. Nous ne pouvons pas dire que l'idée de justice est muable mais que le même mot peut s'appliquer à des choses différentes, ce qui est évident, mais n'a pas d'intérêt.

Si la justice est muable, il se formera des séries de petites justices indépendantes les unes des autres et pouvant entrer en opposition. Comment trancher ce conflit de justices? Il n'y en a qu'une de bonne pour chaque période, dira-t-on. Mais laquelle et comment la reconnaître? comment discerner entre ce qui est injuste et ce qui est juste?

> Singulière fortune où le but se déplace
> Et n'étant nulle part, peut être n'importe où.

Une justice muable est dénuée de sens logique et d'utilité pratique.

Une justice immanente de l'humanité n'est pas non plus compréhensible. Nous ne pouvons prendre pour but ou pour idéal qu'un point situé hors de nous-mêmes. On ne peut se mouvoir qu'en prenant son point d'appui à l'extérieur. Les enfants, qui se trouvent dans un wagon, croient pouvoir en poussant contre les parois accélérer la marche du train. Sont victimes d'une illusion semblable ceux qui croient que la justice peut à la fois émaner de l'humanité et servir de but à l'humanité. « Le meilleur danseur ne peut danser sur ses propres épaules » a dit, il y a bien longtemps, le philosophe Çankara.

V. — *La justice immuable et transcendante.* — Celui qui réclame la justice ou se plaint d'une injustice affirme par cela même l'immutabilité et la transcendance de cette idée. Nier cette immutabilité ou cette transcendance, c'est nier la justice elle-même, ou du moins lui refuser tout caractère idéal.

Donc toute justice est métaphysique, c'est-à-dire hypothétique. En face de cette hypothèse trois positions logiques sont également légitimes :

1° Ou rejeter l'hypothèse et ne plus invoquer en aucune circonstance une entité sans valeur ;

2° Ou admettre l'hypothèse par un acte de croyance et l'affirmer comme article de foi ;

3° Ou l'admettre comme donnée hypothétique parce que c'est le seul moyen pour l'humanité d'espérer dans l'avenir. Avec elle il n'y a sûrement rien à perdre et il peut y avoir quelque chose à gagner.

La justice immuable et transcendante est une hypothèse métaphysique, logiquement irréprochable si on lui laisse son caractère hypothétique. D'autre part, elle est solidement appuyée sur une considération pratique de la plus haute valeur pour la civilisation humaine : donner un contenu et une direction à la science juridique.

Que faut-il entendre par transcendance et immutabilité ? L'une est d'ailleurs le corollaire de l'autre.

L'immutabilité seule peut donner à la justice un sens logique et la transcendance peut seule expliquer cette immutabilité. Car les conceptions abstraites de l'homme sont essentiellement muables et si l'esprit de l'homme change constamment, comment pourrait-on de sa psychologie tirer une conception immuable? Il faut supposer à la fois uu sens intime de l'homme le dirigeant vers un idéal confus qu'il s'efforce de mieux voir et une puissance morale supérieure à l'homme venant lui certifier que ce qu'il croit voir existe réellement au-dessus de lui.

Quand le Christ prononce sur la montagne : *Beati qui esuriunt et sitiunt justitiam quia saturabuntur* ou lorsque Platon, s'adressant aux deux vieillards de Crète et de Lacédémone, leur dit : « εγὼ πειρασομαῖ φράζειν περὶ δικαιοσυχης ὅλως » « je m'efforcerai de vous parler de la justice en soi, » — c'est-à-dire de la justice qui fait partie des vérités éternelles et dont les hommes enfermés dans la caverne ne perçoivent que les ombres, — l'un et l'autre promettent la confirmation, dans un monde supralogique, d'une formule humaine et logique, mais qui, abandonnée à elle-même, reste dépourvue de prestige et de valeur.

Il est certain que l'homme pour entreprendre une œuvre vers le Bien, le Beau et le Juste est obligé de demander à un pouvoir supérieur la consécration de ces abstractions que sa logique lui interdit de se demander à lui-même.

Faut-il en conclure que la position de la justice métaphysique oblige à une profession de foi religieuse et impose la croyance en Dieu? Nullement.

Sans doute, celui qui croit en Dieu sera plus à son aise pour expliquer la nature de l'idéal, en en faisant un attribut de la divinité ou une émanation de sa volonté. Encore cette explication n'est elle pas sans difficulté et les théologiens dans bien des religions diverses s'en sont aperçus depuis longtemps. Les brahmanes indous, les philosophes grecs, les scolastiques ont longuement discuté sur les rapports entre la justice et la volonté divine. Car si Dieu est tout-puissant ne peut-il chan-

ger tout ce qu'il veut changer? ne peut-il transformer les bases de la justice? S'il vient à les changer, l'homme pourra-t-il raisonnablement reconnaître comme immuable ce qui est évidemment muable? Suivant le parti qu'ils prennent dans ces diverses controverses, des théistes convaincus peuvent ébranler et ruiner l'idée métaphysique dont l'homme a besoin et le laisser dans le même relativisme et la même incertitude que le positivisme le plus terre à terre.

D'autre part, même pour un théiste, l'idée de justice trouve t-elle sa transcendance en Dieu? Bien des philosophes qui croyaient en l'existence de Dieu ou des dieux, ne croyaient pas en sa justice ou en leurs justices. De nos jours, les deux notions sont plutôt inséparables; mais c'est parce que l'idée de Dieu entraîne l'idée de perfection qu'on ne peut le priver d'un attribut reconnu idéal même en dehors de lui. De telle sorte que même pour l'esprit le plus religieux, la transcendance de la justice est au-dessus même de la transcendance divine. Il est donc tout à fait inutile de s'enfoncer dans des complications théologiques qui ne peuvent servir de rien à la logique humaine. Le problème de l'existence de Dieu est étranger à celui de la justice métaphysique et doit en être écarté.

S'il fallait remonter à la personne divine pour établir la métaphysique du Droit, le principe clair et précis de la justice transcendantale en serait vite obscurci. Car la notion de Dieu peut contenir une infinité d'attributs et nous serions contraints à la tâche dédalienne de les faire accorder entre eux. L'analyse rigoureuse qui seule peut fournir une solution serait émoussée définitivement. Le chaos et l'arbitraire du vieux Droit naturel s'établirait à nouveau.

§ 3. — **Le Droit métaphysique et la Morale.** — Ainsi le Bien et le Juste dans une construction métaphysique doivent-ils se relier en Dieu? S'ils sont tous les deux des émanations de la volonté divine, ou des attributs de la personne divine, ils doivent collaborer aux mêmes fins, s'harmoniser dans leurs mani-

festations humaines. Toute contradiction entre eux est impossible car on ne conçoit pas une action humaine louable aux regards d'une pensée divine et blâmable au regard d'une même pensée divine. On est obligé d'arriver à cette conclusion désastreuse : Tout ce qui est bien est juste ; tout ce qui est juste est bien. Du coup, l'idée de justice est ruinée, pour la pensée logique.

I. — C'est ce que font un grand nombre de philosophes du Droit, qui d'ailleurs ne sont pas tous théistes. Ils considèrent le Droit métaphysique comme une partie de la morale. Bien peu de théoriciens savent établir entre les deux disciplines une scission rigoureuse qui les isole implacablement. La Morale est l'étude du Bien ; le Droit métaphysique est l'étude du Juste. Chacune de ces entités doit rester indépendante ; elles peuvent fort bien entrer en contradiction. Ce qui est bien peut être juste ou injuste ; ce qui est juste peut être bien ou mal ; absolument comme ce qui est juste peut être utile ou nuisible, beau ou laid.

Il peut être bon d'exercer une certaine pression sur la liberté individuelle pour écarter le peuple du vice et l'amener à la vertu. Ce ne peut jamais être juste. Il est fort possible que dans certains cas l'esclavage soit bon ; il est logiquement impossible qu'il soit juste. Un bon despote peut faire le bonheur d'un peuple ; et une démocratie en faire le malheur. Mais la démocratie, quels qu'en soient les résultats, sera toujours en tant que forme logiquement plus juste que le despotisme. Dans toutes les sphères de la vie sociale, il serait facile de mettre en contradiction le Bien et la Justice.

Ceux qui ont confondu et confondent encore Droit et Morale le font d'ailleurs avec les meilleures intentions. Ils pensent que signaler des contradictions entre les deux disciplines serait nuire à l'autorité de l'une et de l'autre. La vertu ne perdrait-elle pas de son prestige si on prouvait qu'elle est fondée sur l'injustice ? et le juste qui favoriserait le vice pourrait aussi être vu de mauvais œil. Laissons à l'humanité l'illusion que le législateur peut toujours être à la fois juste et bon et

que tout va pour le mieux dans le meilleur des mondes. Cela vaut bien une entorse à la logique.

Pour nous, rien n'excuserait une entorse à la logique, puisque nous faisons un travail intellectuel. Mais, même en mettant de côté cette considération décisive, la confusion du Droit et de la Morale me semble présenter les plus grands dangers pratiques.

1° — Pour être utile, la notion du juste doit être rigoureusement enfermée dans le *suum cuique*. On ne saurait faire dévier le principe de l'épaisseur d'un cheveu, en prenant comme prétexte soit le rôle social que l'individu doit remplir en ce monde, soit la préparation de l'âme à une destinée supra-terrestre. Si la formule de la justice ne peut pas s'adapter aux formes d'argumentation sèches et précises de la logique positive, il ne reste plus qu'à l'abandonner à son malheureux sort. La justice pourra être alors :

Un mot servant à enrichir les uns et à duper les autres ;

Un mythe permettant aux imaginations de se promener dans des pays fantastiques ;

Un sentiment, une émotion, un état nerveux.

Et sous ces trois formes, la justice n'est rien du tout.

2° — Si le Droit métaphysique est une partie de la Morale, la Justice est un élément du Bien. La définition de la partie suppose la définition du tout. Nous ne pouvons pas poser une définition de la Justice avant d'avoir posé une définition du Bien. Or le bien n'est pas défini et il faudra que beaucoup d'eau passe sous beaucoup de ponts avant que la Morale ait trouvé sa formule. La Morale est une métaphysique autrement difficile et complexe que le Droit, elle est encombrée de préjugés sociaux et utilitaires ; il est difficile de savoir comment elle pourra s'en dégager. Attacher la fortune du Droit à la fortune de la Morale équivaut à constater l'échec définitif de l'intelligence dans les domaines de la haute pensée métaphysique. La notion de Justice pure pourra-t-elle échapper à tous les intérêts et à toutes les rhétoriques qui en désirent la destruction ? Je n'en sais rien. Mais si elle parvient à s'isoler en toute

clarté et indépendance, elle aura par ce seul fait rendu à l'humanité tous les services qu'elle pouvait lui rendre. La Morale est pour elle la plus dangereuse compagne.

3° — Les juges des législations positives doivent être obéis. Il est heureux pour tous qu'en tranchant les conflits, ils se présentent avec le plus grand prestige moral qu'il est possible de leur attribuer. Il est heureux dans un sens que les dispositions de la loi apparaissent aux parties comme étant à la fois le Juste et le Bien. Chacun s'y soumettra plus volontiers, même contre son intérêt. S'il faut au contraire avouer que tel texte législatif ou telle décision judiciaire est juste mais immoral, moral mais injuste, on aura moins de scrupule à en violer ou à en discuter les dispositions. Cela est vrai. Il est bon que le Droit inspire confiance. Il ne faut pourtant pas que cette confiance soit exagérée : il n'est pas mauvais que le juge surtout connaisse la relativité, la faillibilité des principes juridiques humains. Un peu de scepticisme le rendra plus scrupuleux, plus indulgent à tous et partant plus juste. Combien d'erreurs judiciaires civiles et criminelles sont nées de la croyance que les lois sont parfaites à tous égards. Il est bon que l'on sache que le Droit est souvent placé dans la douloureuse alternative de choisir entre le Bien et le Juste.

II. — *Caractère du devoir juridique.* — L'obligation de faire le bien constitue le devoir moral ; l'obligation d'agir conformément à la justice constitue le devoir juridique. Mais le devoir juridique n'est ni impératif, ni catégorique. Le devoir juridique est un plan de conduite dressé par la logique ; or la logique ne commande rien directement. « Vous devez payer vos dettes » ne signifie rien logiquement. « Vous devez payer vos dettes, si vous voulez vous conformer à la Justice » est au contraire une formule précise. Donc le devoir juridique est purement hypothétique, c'est-à-dire que la nécessité d'une action résulte de l'hypothèse que l'on veut se conformer à la justice. Par suite introduire l'*impératif catégorique* dans la Philosophie du Droit serait en chasser la logique. Il convient donc de l'exclure complètement.

Au point de vue pratique, c'est regrettable. *L'impératif catégorique*, le devoir qui prend sa source en lui-même, l'obéissance sans autre motif que la règle est un instinct très heureux pour les masses qui facilite grandement la bonne marche de la société. Historiquement, on comprend très bien qu'une longue discipline ait créé dans notre esprit cette habitude d'obéissance à certaines pratiques et que peu à peu notre propre volonté se soit substituée à la tyrannie étrangère. De là, ce vague sentiment de contrainte, que les mots définissent malaisément ; à cette contrainte on peut sans doute échapper, mais elle laisse chez celui qui désobéit un certain effroi un peu superstitieux, tandis qu'elle donne à celui qui obéit cette satisfaction du devoir accompli, considérée par beaucoup comme l'état de conscience supérieur. Pratiquement, il est fort raisonnable de fortifier ce sentiment et non de l'ébranler.

Intellectuellement, le devoir hypothétique lui est de beaucoup supérieur. Celui qui obéit pour obéir peut ignorer le Bien et la Justice. Celui qui obéit parce qu'il est bien ou juste d'obéir est le seul qui « mette l'idéal dans le réel », selon une formule consacrée.

§ 4. — **Droit métaphysique et Droit positif.** — Il y a des siècles et des siècles que la pensée métaphysique travaille à mettre de l'idéal de justice dans le réel juridique. Son œuvre a été féconde et on lui en a su gré. Mais on n'a pas très bien compris son rôle et on lui a fait gloire de beaucoup de travail auquel elle était étrangère. L'idéal de justice ne suffirait pas à organiser une civilisation quelconque. Même, à vrai dire, son rôle n'est pas d'organiser, mais d'apprécier. Ses appréciations ne sont même pas générales et ne portent pas sur tous les éléments du Droit. L'idéal de justice ne peut que donner quelques directions que la loi suivra ou ne suivra pas suivant les circonstances. Il est donc par sa nature très différent du Droit positif.

Le Droit positif est essentiellement organisateur. Son but

essentiel est l'ordre. Une injustice qui ne trouble pas l'ordre ne le préoccupe que médiocrement. Il doit donner satisfaction à tous, surtout aux plus remuants. Tandis que dans le Droit métaphysique, qui est une sorte de logique, une injustice reste une injustice même lorsqu'elle est patiemment supportée. La gravité de l'injustice y est déterminée non par le trouble qu'elle apporte à la société, mais par son degré de divergence avec la formule *Suum cuique.*

Le Droit positif s'inspire du Juste. Mais il suit tout aussi bien et selon les circonstances les directions de l'utile, de la morale et même des préjugés. Il doit avant tout contenter le plus fort. Son domaine est donc infiniment plus vaste. Certaines règles de Droit positif sont absolument indifférentes à l'idée de Justice ; la construction des contrats, les règles interprétatives de la volonté des parties sont presque toujours de cette nature.

Pour maintenir l'ordre, le Droit positif doit prévoir, réglementer, poser les principes par lesquels seront tranchés les conflits à venir. Or il est à peu près impossible de poser un principe qui ne puisse pas donner selon les circonstances des résultats injustes. Par exemple, il est obligé de poser des délais pour l'accomplissement de certains actes. Mais par l'application des délais certains individus pourront se voir très injustement privés de leurs droits. En général, pour juger un procès en toute justice, il faudrait en examiner tous les éléments, en se plaçant au jour du procès lui-même, c'est-à-dire en écartant toutes les dispositions antérieures à la naissance du conflit, c'est-à-dire tout Droit positif. Seul, le libre arbitrage pourrait donner des solutions absolument équitables à toute espèce concrète. Le jugement, la décision judiciaire, conclusion normale du conflit juridique peut être accidentellement juste, mais ne l'est pas nécessaisement.

Le Droit métaphysique et le Droit positif ont des éléments analogues mais qui sont rarement absolument identiques. Beaucoup de discussions entre théoriciens du Droit proviennent de la confusion entre les deux points de vue. Ainsi la

définition de la personnalité juridique peut être fort différente dans un cas ou dans l'autre. Au point de vue de la justice, est une personne tout être capable de souffrir d'une injustice ; il en est ainsi au point de vue actif. Si l'on bat un chien parce qu'un autre a mangé le rôti, on commet une injustice. Malebranche, poussant à l'absurde les théories de Descartes sur le caractère mécanique de l'instinct animal, donnait des coups de pied à son chien en disant : « Cela ne sent pas. » C'est une opinion bien vieille et bien difficile à soutenir. Les dégradations de morale, de sensibilité, d'intelligence sont imperceptibles dans l'échelle des êtres ; aucune différenciation absolue n'est possible. Tout être vivant, toute conscience, toute subjectivité a droit à la justice, même sans la connaître.

La personnalité passive est moins étendue. Celui qui doit la justice est celui qui la connaît. Car pour commettre un acte d'injustice, il faut un certain degré d'appréciation. Il faut que la force agissante ne soit plus une force purement brutale.

Dans le Droit positif, la personnalité peut varier suivant les pays et les législations. La loi pourra exiger des individus des conditions variées de capacité, de volonté, de situation sociale pour leur attribuer la personnalité. Sera seul bien souvent une personne l'être capable d'agir en justice, de conduire un procès, de faire valoir son droit devant les tribunaux réguliers. Les autres ne seront pas des êtres juridiques complets.

Le problème de la sanction se pose aussi fort différemment dans les deux disciplines. En Droit positif, on peut dire que la sanction est la caractéristique de la disposition juridique et que la nécessité de la sanction différencie le Droit de la Morale. (Question d'ailleurs mal étudiée et sur laquelle il convient de faire les plus expresses réserves.) Pour le Droit métaphysique, une telle proposition serait insoutenable. C'est par son objet même qu'il se différencie de la Morale ; l'un étant la science du Juste, l'autre la science du Bien, notions irréductibles. La sanction peut frapper aussi bien l'un que

l'autre. Nos lois modernes contiennent autant et plus de morale sanctionnée que de justice sanctionnée, et dans les civilisations primitives la part des morales est encore bien plus forte.

On pourrait ainsi parcourir les divers éléments des deux disciplines et les mettre en opposition. L'essentiel est de se rendre compte que le Droit métaphysique n'est pas un Droit positif idéal ou utopique, mais une science de logique simple, Elle ne se propose pas de rechercher ce qui « doit être », formule dépourvue de sens logique, mais ce qui est conforme ou non conforme au *suum cuique*. Cette tâche peut être accomplie avec précision et rigueur.

§ 5. — **Notions dérivées de l'idée de Justice.** — La formule *suum cuique* peut par elle-même et en dehors de toute notion morale ou sociale fournir un nombre infini de corollaires. Il n'est pas nécessaire de sortir des généralités théoriques les plus banales pour s'en rendre compte. On s'est tellement habitué à dépenser sans compter les trésors dont l'idée de justice a enrichi la pensée juridique qu'on n'y attache aucune attention. Pourtant le développement historique du Droit serait incompréhensible à qui voudrait les ignorer.

I. — On pourrait par voie déductive et géométrique développer le contenu de la formule et en faire sortir les conséquences infinies qu'elle est susceptible de produire. Ainsi l'idée de liberté résulte de l'idée de Justice, par le fait que celui qui est restreint dans sa liberté n'a pas la disposition de sa personne ni de ses biens, que par suite « il n'a pas le sien ». Certaines dérivées de nature théorique ont pu être découvertes par voie de logique abstraite. Beaucoup plus souvent les circonstances concrètes de la vie provoquent la reconnaissance de certaines formes secondaires de l'équité. Aucun peuple ne connaît tout ce qu'il y a de juste ou d'injuste dans ses lois et ses mœurs. Mais son attention se porte sur quelques iniquités qui dépassent la moyenne. Il s'attache — si rien ne s'y oppose — à découvrir la formule qui peut les faire

disparaître et en empêcher le retour. Ainsi arrive-t-on à trouver injuste qu'un innocent souffre à la place d'un coupable, les deux individus seraient-ils de la même nation ou de la même famille, que quelqu'un puisse s'approprier le bien d'autrui, parce qu'il sait mieux réciter les mots qu'il convient de prononcer devant les tribunaux, etc... Ce sont des situations de la vie réelle qui révèlent peu à peu les grandes conséquences de la justice que le philosophe du Droit peut ensuite systématiser.

Or, à l'heure actuelle, le praticien continue ses efforts pour dégager de nouveaux éléments de la notion métaphysique dont il connaît la formule, mais dont il ignore la nature et la portée. Ainsi le principe d'après lequel celui qui fait naître un risque nouveau pour les autres, afin de tirer parti à son profit d'une invention nouvelle doit en supporter tous les dommages, occasionnés même sans sa faute, est relativement récent. Il constitue un dérivé très pur de la notion de justice. Ainsi en politique internationale, « le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », si on arrive à lui donner une forme excluant tout arbitraire, serait un gain fort important de la métaphysique juridique.

Tout au contraire, les théoriciens, les philosophes du Droit, — ceux, du moins, qui ne se contentent pas d'une vague phraséologie, — n'osent pas prononcer le mot de « justice », car à qui voudrait les mettre au pied du mur et leur demander le sens de ce mot et la raison d'être de son autorité, ils n'auraient rien à répondre.

Les philosophes du Droit sont plus particulièrement paralysés dans leurs efforts par le fait qu'ils confondent presque tous, sinon tous, la base métaphysique du Droit avec la justification du Droit. Une loi peut se justifier par des considérations les plus diverses de nature. Une loi incontestablement injuste peut être parfaitement justifiée aux yeux de tous. Prenons comme exemples les lois antialcooliques. Si les dangers de l'alcool sont tels que les trois quarts de la population d'un pays risquent de succomber par la phtisie ou le delirium

tremens, ces lois seront certainement parfaitement *justifiées.* Il est logiquement impossible qu'elles puissent jamais être *justes.* Car elles sanctionnent des atteintes à la liberté individuelle et font payer à tous les excès de quelques-uns. Si de telles lois peuvent être dites justes, le mot justice ne saurait plus avoir un sens quelconque. Le législateur doit avoir le courage de déclarer : « Mon œuvre est injuste ; mais des considérations d'ordre majeur m'obligent à violer la justice. » Cette loyale déclaration permettra de doser la drogue parfois salutaire mais toujours dangereuse de l'injustice à ce qui est strictement indispensable à la santé du corps social. Si, au contraire, on veut établir dans un discours politique ou un article de journal que des atteintes à la liberté individuelle peuvent se concilier avec l'idée de justice, on trouvera facilement, dans les inépuisables complaisances de la rhétorique, le moyen d'y réussir aux yeux du public même instruit. Ce sera faire œuvre de perversion intellectuelle en rendant impossible toute élaboration logique d'un idéal juridique et cette perversion intellectuelle me paraît plus funeste pour l'avenir de l'humanité qu'aucune perversion morale.

Il convient par suite de laisser chacun à sa place. Au politicien le soin de faire manœuvrer le mécanisme des lois positives dont il ne connaît pas très bien tous les éléments, mais dont une vieille expérience lui permet de prévoir approximativement les mouvements.

Au philosophe du Droit l'étude du Juste pour le Juste, comme au littérateur l'étude de l'Art pour l'Art.

Ceux qui veulent souder immédiatement et directement des idées générales aux préoccupations actuelles de la vie sociale ne peuvent faire ni œuvre d'art, ni œuvre de science.

Un des principes les plus féconds du travail scientifique moderne est l'indépendance absolue de la théorie et de la pratique de toute discipline. S'il est fructueux de juxtaposer les sciences théoriques et les sciences pratiques dans les mêmes cerveaux, il est désastreux de les relier par un lien logique.

II. — Un docteur scolastique du XIIe siècle, auquel on aurait soumis la formule *suum cuique* afin d'en faire l'interprétation, d'après les méthodes d'Aristote, aurait commencé par observer qu'elle contient deux éléments :

1° *Suum ;*

2° *Cuique.*

La méthode est bien vieille aujourd'hui. Je n'hésiterai pas toutefois à l'adopter, n'en trouvant point de meilleure pour faire une brève analyse et classifier les éléments les plus connus de l'acquit métaphysique du Droit.

1° — *Suum* résume en lui toute la justice unilatérale. Il comprend l'ensemble des biens moraux ou matériels, qui sont le complément possible de la personnalité ; ou, en d'autres termes, tous les objets utilisables au développement d'une subjectivité dans un sens ou dans un autre. Le patrimoine virtuel de chaque individualité est en lui-même illimité. Robinson dans son île peut y prendre tout ce qui lui convient sans aucune limite ; il peut y faire tout ce qu'il veut et s'il travaille ce sera uniquement à son profit.

2° — Mais ce patrimoine illimité en puissance doit être accordé à toute subjectivité. Chaque individu, pour être juste, doit le désirer pour tous les autres aussi bien que pour lui-même. En fait, la collaboration des êtres augmente l'actif à répartir ; elle augmente également et dans de très fortes proportions les difficultés de la répartition. Le *cuique* restreint le *suum* et en comprime la force d'expansion. La justice réclamée par ceux qui l'entourent limite seule la justice de chaque individu. Le *cuique* exprime donc la justice d'équilibre. La combinaison de la justice unilatérale et de la justice d'équilibre forme la métaphysique juridique à laquelle il faut se garder d'ajouter aucune notion morale ou sociale quelconque sous peine d'en ruiner le sens logique.

A. — *Principaux éléments de la justice unilatérale.*

α. — Droit subjectif. — Le « droit » de chaque individu dans la loi positive est la puissance d'action qui lui est laissée par le législateur. Le « droit subjectif » est la puissance d'ac-

tion qui se déduit logiquement pour chaque individu de la formule de justice. Le « droit subjectif » est donc à la fois métaphysique et hypothétique. Positivement, les droits individuels n'existent que par la force, en ce sens qu'ils ne sont rien tant qu'ils ne sont pas reconnus par la force. Mais les raisons pour lesquelles la force les reconnaît peuvent varier à l'infini. La force a généralement plus intérêt à réaliser l'ordre que la justice. Souvent, ordre et justice s'accordent dans une même solution; souvent aussi, la justice peut être la principale préoccupation du législateur. De telle sorte qu'accidentellement « droit subjectif » et « droit positif » peuvent être identiques sans jamais se confondre. Le « droit subjectif » tire toute son autorité de la pure logique en dehors de toute réalisation.

β. — Individualité. — La formule *suum cuique* implique que les droits dérivés de l'idée de justice se groupent autour de l'individu et ont leur raison d'être dans l'individu. Pour juger de la justice ou de l'injustice d'une loi quelconque, il faut examiner et il suffit d'examiner en quoi la situation d'un ou de plusieurs individus peut en être affectée.

γ. — Liberté. — Implique l'absence d'entrave à l'activité individuelle physique ou morale, la disposition sans entrave de la personne physique ou morale par elle-même. Enfermer un homme dans une prison, l'obliger à travailler à un travail déterminé, l'empêcher de dire ce qu'il pense, c'est enlever à quelqu'un ce qui lui appartient de la façon la plus intime et la plus incontestable, c'est par suite le priver du sien. La liberté est donc un des éléments les plus essentiels de la justice. La liberté est par elle-même illimitée et absolue. Elle ne peut être restreinte que par la liberté des autres. La liberté de faire des actes immoraux et blâmables — pourvu qu'ils ne nuisent à personne — est aussi indispensable à la justice que celle de faire des actes moraux et louables.

δ. — Propriété. — La formule *suum cuique* reconnaît qu'autour de chaque individualité se trouve un noyau de biens, d'êtres animés ou inanimés, qu'il peut utiliser à son profit.

Elle ne nous dit pas, il est vrai, comment cet accessoire extérieur de chaque personnalité a pu se constituer et pourquoi, il serait injuste d'en priver chaque individu. La formule suppose la question résolue et il n'est pas indispensable au développement de l'idée de justice de la résoudre. Indiquons toutefois les deux grandes solutions possibles.

1re Solution. — Développement de la personnalité par le travail. — L'homme n'a de droit subjectif que sur sa propre personne. Mais par son activité, son travail, il crée des objets nouveaux qui n'existeraient pas s'il n'avait pas existé. Du travail et des combinaisons qui peuvent le suivre naît la propriété qui représente l'activité industrielle et morale de l'individu.

2e Solution. — Vocation universelle. — Toute objectivité peut s'approprier tout ce qui l'environne et ce qui lui est utile. Chacun peut s'emparer de ce qui n'appartient à personne. Partout où l'être n'est restreint par un autre être, il peut se développer indéfiniment. Ainsi Robinson dans son île pouvait y prendre tout ce qu'il voulait. Ainsi peut-on acquérir les terres inoccupées par voie d'occupation.

Les deux théories ont joué leur rôle dans la philosophie du Droit. Elles ont un intérêt historique, psychologique ou constructif. Au point de vue métaphysique, la théorie de la vocation universelle de chaque subjectivité serait préférable, mais sa démonstration nous entraînerait trop loin.

Bien des civilisations anciennes ont assimilé les droits de famille aux droits de propriété. Le père de famille a sur sa femme et ses enfants les mêmes droits que sur ses esclaves, qui eux-mêmes sont assimilés aux choses inanimées. Cet état de choses était évidemment contraire à la justice, par le fait que la subjectivité de la femme, des enfants et des esclaves était sacrifiée à un seul homme. Mais, dans la mesure où toutes les personnes de la famille peuvent librement atteindre leur maximum d'extension, les droits de famille sont comparables aux droits de propriété.

B. — *Justice d'équilibre.* — Toutes les personnalités ayant

les mêmes droits d'expansion sans limite, chacune d'elles est obligée de subir les restrictions nécessaires à l'expansion de la personnalité des autres. Ainsi la liberté et la propriété de chacun sont limitées par la liberté et la propriété d'autrui.

On remplit son devoir envers les autres, lorsqu'on respecte leurs droits. Le devoir est donc en principe négatif.

Plus on est nombreux à vivre sur un petit territoire, plus le domaine de chacun se rétrécit, plus on est obligé, pour ne pas léser les autres, à se soumettre à des multitudes de réglementations matérielles et souvent morales.

Toute la justice d'équilibre se résume dans le respect de la liberté, de la personnalité et de la propriété d'autrui.

Métaphysiquement, il faut distinguer la propriété sur les choses inanimées et la propriété sur les choses animées susceptible de conscience et de souffrance.

Celui qui a entièrement dans son patrimoine une chose inanimée peut en disposer sans restriction. Si la chose inanimée est dans le patrimoine d'un autre, il doit s'abstenir complètement à son égard. Si la chose est à la fois dans son patrimoine et dans le patrimoine d'un autre, naîtront des droits réels de natures diverses pour réglementer l'action de chacun.

La propriété sur les choses animées rencontre une nouvelle limite dans l'objet même de la propriété. Au fur et à mesure que le droit à la libre expansion de l'être propriété va en croissant, le droit à la libre disposition de l'être propriétaire va en diminuant. Aussi n'a-t-on le droit de torturer aucun animal. S'il s'agit d'un animal intelligent qui peut avoir une vague compréhension de la justice ou de l'injustice, ce serait commettre une injustice à son égard que de le frapper sans raison. L'être humain, depuis l'état d'embryon jusqu'à son plein développement physique et intellectuel, traverse toutes les phases. Les droits de ceux qui l'ont créé diminuent ainsi graduellement, sans disparaître toutefois d'une façon absolue. On peut distinguer terminologiquement les droits de parenté des droits de propriété. Métaphysiquement, ils sont à peu près identiques.

Dans la théorie des contrats l'opposition entre les principes du Droit métaphysique et ceux de la plupart des Droits positifs est particulièrement marquée. D'après l'idée de justice, personne n'est jamais « obligé » envers un autre. L'idée d'obligation se réduit au respect du patrimoine d'autrui. Celui qui détient un élément du patrimoine d'autrui doit le restituer; celui qui détient un équivalent du patrimoine d'autrui doit aussi le restituer. Tous les contrats ont pour but de modifier les éléments des patrimoines de deux ou de plusieurs individus et de les remplacer par des équivalents. Le vendeur qui ne livrerait pas la chose vendue, l'acheteur qui ne paierait pas le prix retiendrait un équivalent et diminuerait le patrimoine d'autrui. Il violerait le principe « à chacun le sien ».

Par suite, le principe que la promesse et le consentement créent une obligation est étrangère à l'idée de justice. Le respect de la promesse est basée à l'origine sur des idées religieuses ; plus tard, sur des considérations de dignité personnelle, d'ordre et de sécurité générale. Un jeune homme qui, en état de minorité, a emprunté à un usurier à taux usuraire, a fait une promesse de restitution qui n'est pas légalement valable. Arrivé à sa majorité, il a le choix entre trois solutions :

1° — Ne restituer ni capital, ni intérêt, ce que lui permet la loi, sa promesse n'ayant pas de valeur légale. En ce faisant, il commet une injustice, ayant profité du bien d'autrui. Injustice, légale, sans doute; moralement justifiée, peut-être, mais injustice.

2° — Il peut rembourser le capital et les intérêts légaux. Auquel cas, il fait plus que la loi n'exige, dans le but de satisfaire à l'idée de justice.

3° — Il peut enfin rembourser le capital et payer les intérêts usuraires. Il trouve, dans ce cas, que s'abriter derrière les prescriptions légales pour ne pas tenir sa promesse serait un amoindrissement de sa dignité personnelle. Il aime mieux souffrir d'une injustice pour laisser à sa parole son maximum de valeur.

On voit par cet exemple que quelle que soit la haute portée

morale du caractère obligatoire de la promesse, il ne saurait jamais être ramené à l'idée de justice.

Il est certain que celui qui promet à un ami de lui faire une donation et ne la fait pas, ne commet pas une injustice — à moins, bien entendu, que par sa promesse il ne porte tort indirectement à cet ami —. Celui qui promet de vendre à vil prix un objet qui lui appartient et ne donne pas suite à la vente, manque à sa parole mais ne commet non plus aucune injustice. S'il tient sa parole et livre l'objet pour le prix convenu, il aura agi avec loyauté, mais il y aura injustice commise contre lui.

Pour qu'il y ait contrat juste, il faut qu'après son exécution les patrimoines des parties, tout en ayant changé de nature, soient restés égaux en valeur. Si, par l'effet du contrat lui-même, il y a eu augmentation de richesse, cette augmentation doit être partagée équitablement entre les parties.

Bien des jurisconsultes dans les pays et les temps les plus divers se sont inspirés de ces principes. Le Droit musulman a voulu les réaliser intégralement dans le Droit positif contractuel. Tout contrat procurant un profit à l'un des contractants, par le fait que les deux prestations ne sont pas rigoureusement égales en valeur, est un contrat usuraire. Le « ribâ » signifie augmentation et signifie aussi « usure », toute augmentation du patrimoine de l'un des contractants étant une injustice à l'égard de l'autre.

Dans la vie pratique, il est bien difficile de maintenir rigoureusement les principes de la justice en matière contractuelle et surtout en matière commerciale. L'ordre, le bien être, la prospérité matérielle et surtout la sécurité des transactions sont en opposition assez nette avec la justice idéale des transactions. S'il est légitime et même recommandable de donner en pratique la préférence aux premières considérations, la philosophie du Droit ne peut pas négliger d'indiquer la vraie situation du Droit contractuel par rapport à l'idée de Justice.

Les applications de l'idée de justice au Droit pénal sont

fort connues et peu contestées. Le droit de punir est — à ce point de vue — uniquement basé sur le besoin de protection des personnalités et de leur patrimoine. Nul ne peut être puni pour la faute d'autrui en est un principe élémentaire.

II. — En principe, celui dont on respecte les droits individuels, tant au point de vue civil qu'au point de vue pénal, doit être entièrement satisfait. Peu lui importe à qui il doit cette protection. Que ce soit un prophète, un guerrier, un monarque absolu, une assemblée de nobles ou de riches, une assemblée populaire, qui protège chaque être sensible, l'essentiel est que la justice soit le plus sincèrement respectée dans l'individu. Un gouvernement tire sa première justification de ses œuvres. Quelle que soit sa forme et son origine, son degré de respect pour les droits individuels constitue son vrai titre au point de vue de la Justice.

La justice civile et pénale est une justice de premier degré.

La justice politique est une justice de second degré.

Elle naît de ce fait que pour obtenir une protection efficace de leurs droits individuels, les particuliers sont obligés de payer quelque chose à leurs gouvernants. S'ils donnent quelque chose de leur patrimoine et n'obtiennent pas cette protection, ils sont privés de l'équivalent espéré et la règle *suum cuique* est violée.

De telle sorte que s'il y a des formes constitutionnelles qui assurent mieux la protection des individus, pour des sommes d'argent moindres, ces constitutions sont plus justes. C'est donc un droit pour chacun de choisir, dans la mesure du possible, le gouvernement qu'il croit le plus juste et les individus qu'il croit le plus capables d'assurer la justice.

Autre considération. Par les sommes prélevées sur les richesses individuelles se forme un capital destiné à rémunérer le gouvernement, c'est-à-dire le fonctionnaire. Toute organisation sociale crée donc au détriment de chacun une richesse nouvelle, sur laquelle chacun a, par suite, un droit. Toute fonction de protection sociale est une valeur qui ne peut être attribuée qu'à un seul, mais sur laquelle tous ont relativement

des droits. Donc l'attribution des fonctions publiques pourra se faire avec plus ou moins de justice suivant les constitutions. L'idéal serait que tout citoyen devînt à son tour fonctionnaire, ou que les fonctions publiques fussent tirées au sort. De graves raisons pratiques s'opposent à ces procédés. Toutefois l'histoire constitutionnelle de bien des pays montre que la préoccupation de répartir les fonctions publiques d'après des règles équitables a joué un grand rôle.

III. — Dans le Droit international public ou Droit des gens, certaines règles intéressent directement des personnes physiques et constituent des règles de justice du premier degré. Les rapports d'Etat à Etat n'intéressent la justice que par les conséquences qui finalement pourront retomber sur les particuliers. La répercussion pourra être plus lointaine ou plus immédiate, mais l'injustice ne peut commencer qu'au moment où un ou plusieurs individus sont frappés dans leurs sentiments, leurs personnes ou leurs intérêts.

Ceci en théorie ; en pratique, on s'est aperçu depuis longtemps que les pratiques internationales devaient être traitées avec plus de ménagement et d'équité que les questions de droit civil ou pénal. Les injustices contre les individus sont théoriquement les plus graves, mais elles sont beaucoup moins dangereuses que les injustices contre les collectivités. Comme les lapins sont habitués à être mangés, les individus sont habitués aux injustices de leurs supérieurs, de leurs égaux, de leurs inférieurs. Ils se résignent très facilement ; et s'ils se plaignent, il faut qu'ils soient dans une situation bien privilégiée pour qu'on fasse attention à eux. Froisser même très légèrement les intérêts d'une collectivité, c'est frapper un essaim d'abeilles ou une fourmilière. Il faut bien longtemps avant que le calme se rétablisse. La difficulté n'est pas, pour la constitution d'un Droit des gens, de trouver une sanction, mais d'établir des règles assez équitables pour être acceptées par tous. Dans un code civil, on peut traiter la justice très cavalièrement. Ceux qui n'en sont pas contents ne peuvent pas faire grand bruit. Un code des nations serait autrement délicat

à élaborer, car la moindre injustice éveillerait des susceptibilités et des rancunes inextinguibles. Voilà la vraie difficulté de l'avenir dont personne n'a l'air de se douter.

Des idées que nous venons d'exposer les unes paraîtront — et à bon droit — de la plus parfaite banalité, tandis que d'autres pourront avoir un certain air de paradoxe. En réalité, elles ne sont nouvelles ni les unes ni les autres. Elles sont les unes et les autres logiquement contenues dans la formule *Suum cuique*, et en résultent nécessairement sans l'intervention d'aucune conception étrangère. Les dérivées banales telles que la prohibition de l'enrichissement au détriment d'autrui, le principe de la responsabilité personnelle, la limitation de chaque liberté par la liberté d'autrui ont été englobées dans les œuvres classiques et font figure de clichés. Tandis que l'équivalence nécessaire des prestations paraîtra plus anormale. Ce sont des déductions du même degré, obtenues par les mêmes méthodes en dehors de tout Droit positif et de tout Droit désirable. Si toutes les dérivées n'ont pas été aperçues dans leur ensemble, elles l'ont été en détail et c'est ainsi que l'idée métaphysique de justice a joué un rôle considérable dans l'Histoire du Droit.

§ 6. — **Le vieux Droit naturel.** — « L'irréductible droit naturel », dit le professeur Gény. Le savant et profond juriste a minutieusement analysé les systèmes de philosophie juridique les plus modernes. Il en a fait une critique bienveillante et impartiale qui ne laisse rien perdre de ce qui peut être utilisé. Il a voulu faire collaborer les efforts dispersés des théoriciens et s'il écarte un grand nombre de théories, ce n'est pas pour faire table rase et édifier ensuite sa propre construction. Cette construction doit être l'œuvre de tous et il fait appel aux écoles les plus récentes, comme aux plus démodées ; il accueille tous ceux qui appuient leurs systèmes sur de solides arguments. Les systèmes classiques du Droit naturel y sont examinés à la fin du travail. N'est-ce pas la bonne place ? Ils y sont déclarés à certains égards « invincibles ». Et sur la couverture est

inscrit comme épigraphe : « L'irréductible Droit naturel. » C'est un bien gros succès pour une discipline que l'on croyait condamnée sans appel.

Toutefois, Gény, en reconnaissant qu'il est impossible de faire de la philosophie du Droit, sans demander au Droit naturel une base de travail, notamment la transcendance de l'idée de justice, n'a pas l'intention de ressusciter le *Code de la Nature*, son naïf optimisme et toutes les illusions enfantines d'une période où l'on connaissait la douceur de vivre mieux que l'art de raisonner. Le Droit naturel ne peut, selon Gény, donner que des directions. Il aurait tout à perdre à réglementer minutieusement les détails de l'existence. Il est donc un petit élément du Droit positif et un petit élément du Droit désirable.

Ce Droit naturel réduit, auquel il serait injuste de marchander les éloges, ne correspond pas au Droit métaphysique que nous avons essayé d'élaborer, non dans un but pratique, mais pour classifier les forces intellectuelles de natures si diverses qui se combinent dans la discipline juridique. L'Histoire du Droit est un élément de la grande histoire de la pensée humaine ; qui ne se rend pas compte de sa complexité psychologique ne peut, à mon sens, la comprendre. Or toutes les civilisations du passé ont eu une métaphysique du Droit, elles ont connu l'idée de justice, en ont fait de solides déductions, des applications pratiques souvent ingénieuses ; mais aucun Droit positif n'en a fait une application régulière et constante, qui serait impossible même de nos jours et sera vraisemblablement toujours impossible.

Les anciens penseurs — comme beaucoup de modernes — ont cru que la justice était la justification suprême et l'injustice la condamnation suprême de toute loi. En présence d'institutions qui leur étaient chères, mais qui n'auraient pu s'accorder avec la formule du *suum cuique*, réduite à sa simple expression, ils ont inventé des procédés de justification applicables à tout, ayant un semblant de forme logique, mais en réalité parfaitement arbitraires. L'idée de justice y est subor-

donnée à deux entités indéfinissables : la Raison, la Nature.

Le Droit naturel est celui qui est dégagé de la Nature par le seul effort de la Raison. Les principes de la Justice résultent de cette collaboration au même titre d'ailleurs que beaucoup d'autres principes.

I. — **La Raison.** — Ce mot peut être pris dans les sens les plus divers. Il peut s'appliquer aux facultés logiques de l'esprit humain, au travail rigoureux de la pensée tout aussi bien qu'aux plus vagues intuitions non motivées, suscitées par l'habitude et les mœurs ambiantes.

Si le Droit naturel était un travail de logique pure, il ne serait pas à la portée de tout le monde, car pour si simples qu'en soient les premiers principes, les œuvres rigoureusement déductives deviennent très rapidement difficiles à suivre. Toutes les mathématiques reposent sur des principes extrêmement simples et ne peuvent être pénétrées qu'avec une tension d'esprit très fatiguante. Les œuvres de Droit naturel n'ont jamais eu ce caractère ; les problèmes les plus complexes y sont résolus avec facilité et agrément. Les plus ignorants et les plus inattentifs comprennent le mieux et sont le mieux convaincus. Ceux qui lisent avec trop d'attention y sont de mauvais élèves, qui restent sceptiques et profitent le moins de l'enseignement.

« Dieu a dû donner à l'homme simplement raisonnable les lumières nécessaires pour faire son salut et, par suite, pour découvrir sans eflort les principes du bien et de la justice, » disait Barbeyrac. En dehors de toute préoccupation religieuse, un célèbre philosophe du Droit du XIXe siècle écrivait pour justifier une œuvre agréable, mais un peu floue qui venait de sortir de sa plume : « Ne raisonnons pas trop dans le Droit. »

La *Raison* du Droit naturel est donc un état psychologique indéfini, une sorte de divination, d'intuition, de compréhension sans effort dont serait capable un cerveau trés ordinaire. Il correspondrait au minimum de puissance intellectuelle que l'on puisse réclamer d'un être humain. Cette faculté extrêmement pauvre tirerait sa valeur de son universalité. Peut-on

vraiment idéaliser un travail cérébral d'un ordre aussi inférieur et en donner le produit comme l'élément le plus précieux de la science juridique ?

Les philosophes arabes ont eu au moins le mérite de voir la difficulté. Pour eux — ou du moins pour certains d'entre eux — la raison qui découvre la Justice n'est pas la raison vulgaire du public mêlé aux luttes de la vie. Elle est la raison des meilleurs aux moments les plus graves de leur existence. La Justice se dévoile à celui qui pense à la mort et qui, au-dessus des intérêts terrestres, peut contempler le Droit comme une pure et simple abstraction dirigeant l'humanité sans faire appel à ses passions.

La pensée de la mort prépare à comprendre la Justice. Ce rapprochement étonne au premier abord ; on n'en comprend que peu à peu la grandeur. L'intelligence ainsi purifiée des intérêts de la vie quotidienne est sans doute mieux apte à découvrir le Droit idéal ; elle n'a pourtant pas assez d'autorité pour qu'on puisse se confier entièrement à elle.

II. — **La Nature.** — Le mot est encore plus vague que celui de Raison. Quelle nature ? « La nature des choses, » répondent des théoriciens qui veulent être plus positifs. Cela n'éclaircit rien. Quelle nature ? de quelles choses ?

Les glossateurs avaient relevé que les jurisconsultes romains prenaient le mot « natura » dans une dizaine de sens et leur analyse n'était pas extrêmement rigoureuse. Celui qui prendrait la peine de rechercher minutieusement le sens de cette expression dans les principales œuvres du Droit naturel des principaux pays s'approcherait peut-être de la centaine. La φύσις grecque est affectée de ce même vague et s'adapte à tous les systèmes de philosophie. On peut tout faire sortir d'une expression aussi mal définie. La « Nature » peut désigner tantôt les propriétés physiques du corps, tantôt la force qui se manifeste dans les êtres animés, tantôt les conséquences logiques d'un principe posé. La « Nature » représente quelquefois une divinité spiritualiste, quelquefois une divinité matérialiste.

Son sens le plus précis serait « propriétés physiques des choses », qui peuvent avoir un intérêt juridique. Ainsi un territoire qui souffre de la sécheresse pourra connaître une législation sur l'arrosage, inconnue dans un pays où les terres demandent à être arrosées. La nature matérielle des choses peut dicter des mesures d'utilité, non des mesures de justice. Elle ne peut jamais servir à apprécier le côté moral de la loi. D'ailleurs, si quelquefois la nature physique des choses intervient dans une théorie de Droit naturel, on n'a jamais tenté d'édifier sur elle un système entier.

Les deux bases de la discipline étant vicieuses, la discipline est par le fait condamnée. Il y aurait encore bien des reproches à lui adresser. Nous n'avons aucunement l'intention d'en dresser la liste. On peut toutefois remarquer que le mariage entre la Raison et la Nature, l'action de l'une sur l'autre est loin d'être très compréhensible ; on l'explique par des fantaisies philosophiques, plus que par une saine logique.

Ainsi d'après Berkeley : « La Nature est une pensée de Dieu, imprimée dans la pensée humaine, » ici l'élément intellectuel et intérieur absorbe l'élément objectif et extérieur, Pour d'autres, au contraire, c'est la Nature qui absorbe la raison, c'est elle qui est l'être raisonnable. Ils partagent en cela l'avis d'un poète philosophe :

> Oui, nature, ici-bas mon appui, mon asile,
> C'est ta fixe raison qui met tout en son lieu.

Le Droit naturel est un vieux compromis entre une vieille métaphysique et vieux positivisme. Il suppose une déification de la nature qu'aucune religion ne peut rejeter puisque la nature est pour elle œuvre divine.

Les athées d'autrefois l'acceptaient aussi volontiers, car ils pouvaient la concevoir sous une forme purement matérielle. Mais le logicien se refuse à ratifier ce compromis et il demande que les suppositions métaphysiques soient nettement séparées de tout élément positif et naturel. Donner le nom de Droit naturel aux éléments métaphysiques du Droit serait un funeste contre-sens qu'il faut éviter à tout prix.

§ 7. — L'histoire et la métaphysique du Droit. — Les manifestations de l'idée de justice dans l'histoire du Droit se sont produites sous deux formes différentes : Sous forme concrète et pratique par la substitution d'institutions plus équitables à des institutions moins équitables, par l'introduction dans la technique du Droit de principes dérivés de l'idée de justice ;

Sous forme abstraite et théorique, par l'élaboration de doctrines destinées à rattacher le Droit à l'ensemble de la philosophie et à lui donner le prestige que toujours les penseurs ont attribué à la raison spéculative.

Comme en toute matière, la vie pratique et la vie théorique de l'idée de justice sont indépendantes l'une de l'autre. On voit souvent, dans l'histoire, des civilisations se perfectionner rapidement dans le sens du juste tout en étant dépourvues de philosophie du Droit ; et des civilisations à belles théories consacrer des dispositions très inhumaines. L'accord entre théorie et pratique est accidentel et non nécessaire. Ce qui s'explique très facilement par le fait que le théoricien et le praticien sont presque toujours deux individus distincts et que même dans les cas où les deux qualités peuvent se rencontrer sur la même tête, la pensée métaphysique est toujours, en fait, dans l'impossibilité d'absorber la science juridique entière, de même qu'à l'inverse le praticien le plus positif ne peut écarter complètement toute conception abstraite de justice.

Quelle influence les doctrines stoïciennes ont-elles eues sur les réformes du Droit prétorien, et les Ecritures bibliques sur *l'equity* anglaise, il est difficile de le dire. Elle n'est peut-être pas aussi directe qu'on pourrait le croire. L'homme le plus dénué de connaissances philosophiques a des conceptions métaphysiques dont il peut faire des applications fréquentes ; il est seulement dans l'impossibilité de les systématiser. C'est en général l'état d'esprit du praticien. De telle sorte que la pensée métaphysique poursuit dans le Droit une double carrière, sous forme fragmentaire et sans lien logique

dans la vie intellectuelle de la masse et sous forme systématique et logique dans les œuvres de philosophie du Droit.

Nous nous contenterons de signaler la forme vulgaire dont l'étude absorberait une grosse partie de l'histoire du Droit et donnerons quelques indications sur la forme savante et la façon dont elle s'est manifestée dans l'humanité.

On a parlé d'une « continuité » dans le développement du Droit naturel. S'il faut entendre par là que les principes de la philosophie du Droit ont, dans une évolution progressive, pris de plus en plus d'ampleur, de précision et d'efficacité, rien ne serait plus faux que d'affirmer cette continuité. Les diverses civilisations ont été très inégalement favorisées par la philosophie du Droit. Ainsi les juristes logiciens sont rarement des juristes philosophes. Les jurisconsultes romains et les talmudistes rentrent dans la première catégorie. Les grecs et les arabes plutôt dans la seconde. On rencontre ainsi des monuments de philosophie du Droit de grande valeur à des périodes très anciennes, tandis que des périodes très récentes sont très pauvres à cet égard.

Aux temps où la métaphysique du Droit fleurit avec le plus d'éclat, les mêmes oppositions se reproduisent presque identiques. On y voit les uns affirmer la transcendance de l'idée de justice comme émanation de la divinité, d'autres la poser comme immanente de la pensée humaine et de son harmonie avec la nature ; d'autres, enfin, lui dénier toute existence objective et la ramener à une conception purement relative et conventionnelle. On ne saurait adopter des attitudes plus inconciliables ; mais, bien souvent, la confusion de la terminologie cache l'opposition des idées et l'on peut être tenté de croire après une première lecture de l'œuvre de deux philosophes qu'ils ont dit à peu près la même chose, alors qu'ils ont dit exactement le contraire.

La Grèce est une des plus belles patries du Droit naturel. Ses plus vieux poèmes, ses œuvres dramatiques, oratoires et philosophiques présentent sur la justice des idées aussi personnelles que variées.

La philosophie du Droit peut puiser largement dans la vieille mythologie comme dans la philosophie récente. Elle y trouvera sur la justice une inépuisable richesse de conceptions. Les divinités qui la représentent plus ou moins sont nombreuses. Chacune a son caractère, son rang, ses attributions.

C'est d'abord la Μοῖρα, ou Αἶσα Μοίρα, dont parle déjà Homère. Figure incolore et mystérieuse dont on vante et redoute la puissance, mais dont les traits restent dans l'ombre. Elle domine les dieux eux-mêmes et tient entre ses mains leurs destinées. Jupiter lui-même est obligé de lui obéir. Elle est le Destin, la Fatalité, mais un Destin et une Fatalité qui finissent par donner à chacun sa part et maintiennent dans l'univers une sorte d'équilibre.

Θεμίς est chez Homère la servante de Jupiter chargée de convoquer son conseil. Plus tard elle devient la déesse de la justice et la représentation du Droit positif; mais d'un Droit positif idéal. Elle représente peut-être la vieille tradition du Droit positif révélé. Les lois dictées aux hommes par les dieux, les coutumes nationales inspirées par les dieux sont sacrées. On croit à un accord entre la justice humaine et la justice divine.

Δικη invoquée par Hésiode est fille de Jupiter. Descendue sur terre, elle est remontée au ciel dénoncer à son père les crimes des grands et des rois. Elle signale les injustices et envoie les châtiments. Elle personnifie une forme abstraite et idéale du Droit désirable. Elle représente sans doute l'époque où l'homme commence à douter du caractère sacré de son Droit positif et comprend qu'il y a quelque chose de supérieur aux usages de sa vie quotidienne.

La Νέμεσις est, d'après Hésiode, fille de la Nuit. Elle eut de bonne heure ses temples. Déesse de la vengeance, elle châtie les méchants; elle est aussi l'instrument de la jalousie des dieux. Elle incarne deux idées contradictoires : que le bonheur humain est souvent ruiné par les dieux d'une façon arbitraire, parce qu'ils sont envieux et que pourtant c'est des dieux qu'émane la justice.

Enfin les Ἐριννύες — les furiæ, selon l'expression romaine — sont les figures de beaucoup les plus dramatiques et les plus concrètes par lesquelles la mythologie grecque ait personnifié quelques éléments de la justice. Elles sont reliées à la Μοῖρα par un lien assez difficile à saisir. Elles sont les exécutrices implacables des plus rigoureux châtiments, mais aussi les protectrices de l'ordre et de la bonne foi. Ce seraient elles, notamment, qui assureraient l'exécution des promesses.

Dans la période mythologique de la philosophie du Droit, en Grèce, les divinités que nous avons énumérées changent très souvent leur sens abstrait. On a consacré des efforts considérables pour leur donner quelques précisions, sans d'ailleurs obtenir un degré de netteté qui ne peut vraisemblablement pas être atteint. Les figures de la mythologie sans disparaître sont allées en s'estompant et dans la période rationnelle de la philosophie du Droit en Grèce, elles n'ont plus qu'un intérêt de forme. Les penseurs emploient leurs efforts à poser des abstractions pouvant servir de base à l'idée de justice.

Alors on parlera de φύσις, la nature,
de Νοῦς, Λόγος, Γνώμη, raison, intelligence,
de Νομός ἄγραφος, Droit non promulgué, Droit idéal par opposition au Νομός γράφος, Droit positif.

Mais chacun prend ces diverses expressions dans le sens qui lui convient. La φύσις, la nature, sera tout aussi bien la volonté divine, la vie animale, une entité non définie ; le Λόγος est pour l'un raison humaine, pour l'autre raison universelle et l'ἄγραφος νόμος une loi religieuse, une loi naturelle, une loi idéale selon les auteurs. Toute la terminologie doit être examinée avec le plus grand soin avant d'en dégager les idées qu'elle recouvre.

Cette terminologie un peu confuse ne doit pas nous dissimuler la richesse de pensée de la philosophie juridique grecque. A vrai dire la justice proprement dite, le *Suum cuique* ne joue pas un grand rôle dans le Droit idéal.

La formule générale qui s'en rapproche le plus parle de donner à chacun « selon son mérite » et par suite fait porter sur l'idée vague de mérite tout le poids de l'édifice juridique abstrait. La plupart des auteurs ont des préoccupations bien plus lointaines.

Les traditionnalistes, tels le Δίκαιος d'Aristophane, confondent la justice avec le respect des mœurs anciennes dans ce qu'elles ont de bon comme de mauvais. C'est la sobriété, le respect des parents, mais aussi l'intellectualité sacrifiée aux exercices physiques. Des novateurs entrevoient l'égalité des classes et au delà l'égalité humaine. La notion d'hospitalité, vertu recommandée dans les temps anciens par les déesses de la justice, s'est élargie. Elle crée, dans une période intermédiaire, le principe que non seulement il faut accueillir l'étranger, mais aussi lui rendre justice comme au citoyen. Elle s'épanouit enfin dans la morale stoïcienne, qui brise définitivement l'étroitesse de l'esprit national pesant sur la notion de Droit. On exprimera à merveille cet esprit nouveau dans la fameuse formule : « Je suis concitoyen de tout homme qui pense. »

Faire régner dans le Droit l'harmonie, l'équilibre, la modération qui, sans se confondre avec la justice logique ont avec elle un air de ressemblance, est l'idéal de bien des penseurs grecs. Pindare s'en inspire et les pythagoriciens s'efforcent de les réaliser. Ils recommandent ainsi un système de constitution où les principes monarchiques, aristocratiques, démocratiques se combineraient harmonieusement pour le plus grand bien de la cité, délivrée des rivalités anciennes.

Des trésors de la pensée grecque, les civilisations modernes pourraient encore faire leur profit. Elles n'en connaissent guère que les derniers éléments qui se résument en Platon, Aristote et Zénon le Stoïque. On confond sous l'expression de Droit naturel grec ce qui est dû aux trois écoles dont ces trois philosophes furent les chefs. Ce sont pourtant trois théories différentes, opposées à bien des égards. La transcendance de Platon est étrangère à Zénon qui représente la métaphysique

immanente. Tandis qu'Aristote désire plutôt se passer de toute métaphysique et dissimule sous une terminologie peu claire les difficultés du grand problème.

Dans les législations sémitiques, le Droit talmudique est beaucoup plus logicien que philosophique. L'argument de texte par analogie, par a fortiori est bien plus souvent mis en œuvre que l'argument d'équité. La multiplicité et la complexité du rite et du formalisme étouffent les principes plus généraux du Droit. La grande valeur de ce monument est dans la subtilité de sa logique. Toutefois certains passages témoignent de hautes conceptions juridiques et touchent à la philosophie du Droit. On peut citer notamment dans le Talmud de Babylone le *Synhedrin* — particulièrement la *Gemara* de la *Mischna* I-VI du premier chapitre —. Et dans le même ouvrage, le charmant petit traité *Aboth* ou *Sentences des pères*. Extrayons-en cette ingénieuse et délicate observation qui donne quatre formules de la justice telle qu'elle se pratique :

« Les hommes adoptent suivant leur caractère quatre lignes de conduite différentes. » — « Ce qui est à moi est à moi, ce qui est à toi est à toi, » dit l'homme ordinaire. « Ce qui est à moi est à toi, ce qui est à toi est à moi, » dit l'homme du bas peuple. « Ce qui est à moi est à toi, et ce qui est à toi est à toi, » dit l'homme pieux. « Ce qui est à toi est à moi, et ce qui est à moi est à moi, » dit le farceur. » L'homme pieux qui se met au service d'autrui sans vouloir rien lui prendre de sa liberté pourra paraître un mythe. C'est, en tous cas, un bel idéal. En revanche, le réalisme du quatrième principe et son emploi par nombre de politiciens ne sera pas contesté.

Le Droit islamique devrait, dans une histoire générale de la philosophie du Droit, tenir une place égale à celle du Droit grec. Les tendances générales de son interprétation positive sont, ainsi que des travaux récents l'ont montré, essentiellement dirigées vers l'équité, la modération, la justice abstraite. D'autre part, il possède une riche littérature portant sur la philosophie du Droit.

Un grand nombre de commentaires traitant des principes généraux du Droit s'échelonnent sur une période allant du Xe au XVIIIe siècle de notre ère.

Les XIIIe et XIVe siècles de notre ère y sont particulièrement représentés. Malheureusement très peu de ces ouvrages sont traduits ; beaucoup même n'ont pas été imprimés en arabe. D'ailleurs les principes de philosophie du Droit devraient être dégagés des principes religieux d'une part et de considérations sur l'Encyclopédie juridique d'autre part. Plusieurs de ces traités ont pour but d'expliquer la langue juridique, de donner des conseils sur l'exercice de la justice et l'art des plaidoiries.

D'autres émettent de vraies théories de philosophie du Droit accompagnées de principes de conduite religieuse. Tel, le traité sur la base des lois de Mohammed ibn Elfanārī qui vécut de 1350 à 1430 de notre ère. Il travailla trente ans à son ouvrage dans lequel il réunit les principes les plus généraux du Droit, s'appuyant à la fois sur le Qorān, la Sunna, l'idjmā — accord des docteurs —, le qīās — mesure, analogie — et la raison humaine.

Ce traité est intitulé Katāb fasūl albadaïci fi Osūl achcharaj' — Traité original sur les fondements des lois.

On peut aussi remarquer que la langue arabe possède une riche terminologie pour exprimer l'idée de justice : adabun, birrun, haqun, hikmatun, ratlun, adlun, etc. La richesse du vocabulaire est généralement un indice sérieux du développement de l'idée et de l'importance qu'on lui attribue. Il serait donc fort heureux d'être mieux renseigné sur le Droit naturel islamique.

Malgré l'unité de dogme, le Droit naturel chrétien ne présente ni unité ni continuité, s'il faut entendre par continuité un perfectionnement régulier dans la même direction. S'il s'agit, au contraire, de retrouver dans le moyen âge, dans le très haut moyen âge, les origines des principes amplement développés par les écrivains du XVIIe siècle, le travail aboutira sûrement à donner à ceux-ci de nombreux précurseurs plus

précis d'idées que les élèves. Nous ne fixerons pas de *dies a quo* à l'histoire des doctrines du Droit naturel de l'Europe occidentale, car il serait toujours possible de reculer de quelques siècles dans le passé l'origine de théories qui ont peut-être toujours été en germe dans la civilisation chrétienne. Au XIIIe siècle, la philosophie du Droit est en plein épanouissement. Elle est représentée par quatre grandes catégories de penseurs dont les méthodes et les points de départ sont essentiellement différents :

1° Les romanistes. — Ils cherchent à développer les principes du Droit naturel et de justice, en s'appuyant sur les textes de Droit romain ; en compilant et systématisant toutes les formules éparses dans les compilations de Justinien. Certaines gloses dépourvues de toute entrave de forme sont très riches de fond et ont assuré à travers les siècles une continuité remarquable de principes.

2° Les canonistes aiment aussi à s'appuyer sur des textes et à user de la logique juridique. Ils sont proches parents intellectuels des romanistes. Mais ils ont à leur disposition une plus grande richesse d'autorités qu'ils peuvent invoquer selon les circonstances : la Bible, l'Evangile, les écrits des Pères, la littérature profane. Cette richesse n'est pas sans danger pour la précision de la pensée. L'ensemble du *Corpus juris canonici* et de ses innombrables commentaires présente une doctrine du Droit ayant ses caractères particuliers.

3° Les théologiens partent du point de vue moral. Ils veulent éviter à l'homme le péché et le préparer dans cette vie aux destinées éternelles. Ils croient que l'homme, même sans texte et sans instruction, peut discerner le bien du mal. Ils se recueillent pour écouter leur conscience et signaler la direction du salut à ceux qui n'ont pas l'occasion de se recueillir.

4° Enfin les philosophes scholastiques proprement dits, imprégnés de l'esprit d'Aristote ou de Platon, ou qui du moins cherchent dans l'œuvre de ces deux philosophes la métaphysique nécessaire pour compléter la croyance chrétienne. Citons Duns Scot, Occam, etc.

A vrai dire, les quatre écoles ne continuent pas leur route en conservant leur parallélisme originaire. Il y a fusion et combinaison entre elles ; le même esprit s'inspire de deux tendances diverses. Ainsi saint Thomas d'Aquin est surtout théologien ; il est aussi philosophe. Au XIIIe siècle, presque tous les canonistes sont aussi juristes et réciproquement.

Le XIVe et le XVe siècles sont peu connus au point de vue de la philosophie du Droit ; ce qui ne veut pas dire qu'ils manquent d'intérêt. Les quatre groupes continuent à travailler dans une certaine indépendance. Ainsi, en 1374, le Pape Grégoire XI condamne comme contraires au Droit naturel certaines institutions conservées par le *Sachsenspiegel*, notamment : Les ordalies ; le serment purgatoire ; les co-jureurs ; le duel judiciaire ; l'interdiction de mariage avec la femme connue par violence ou la femme connue du vivant de son mari ; l'incapacité de tester en cas de maladie ; le droit pour l'héritier de conserver les objets volés par le de cujus, etc.... Les docteurs qui ont glosé ces décisions ont fait du Droit naturel canonique. On pourrait, d'autre part, en réunissant un grand nombre de passages de Bartole composer un traité de Droit naturel civil. Le Droit naturel théologique trouverait de nombreux représentants, mais le Droit naturel philosophique n'existe plus guère et a été absorbé par les uns ou les autres.

Au XVIe siècle, l'Espagne met au premier rang trois grandes individualités : Covarruvias, Vasquez et Suarez, les deux premiers plus juristes que théologiens, le troisième plus théologien que juriste. Y eut-il quelque influence arabe dans cette philosophie juridique ? Cette question n'est pas élucidée. Toutefois il est sûr que de grands jurisconsultes arabes dès le XIIe siècle travaillaient en Espagne sur les principes du Droit. Il en est ainsi d'Abu Mohamed el Jezirichi, qui vécut entre 1129 et 1200.

Le XVIIe siècle inaugure l'époque des laïcisés, laïcisés par rapport à la religion, laïcisés par rapport au Droit. Grotius et ses successeurs sont trop connus pour qu'il soit nécessaire de les présenter. Au fond, ce sont surtout les compilateurs de

tout le passé, et la rigueur logique est leur moindre souci. Ils présentent au XVII[e] siècle une certaine originalité de pensée que le XVIII[e] siècle ne connaîtra plus.

Le XVIII[e] siècle est le siècle de la vulgarisation. Il s'est cru le siècle de la clarté philosophique. Ne le méprisons pas ; mais qu'il nous serve d'exemple. La superficialité, qui ignore les vraies difficultés de la pensée, n'est embarrassée par aucune. Une forme élégante vulgarise les idées, mais en leur ôtant toute précision. Qu'est-ce qu'une idée sans précision ? Une idée sans précision est un effort intellectuel paralysé, souvent plus dangereux qu'utile. Le XVIII[e] siècle, en rendant populaires bien des idées dégagées du vieux Droit naturel, en mit en évidence les côtés faibles et le déconsidéra auprès des penseurs sérieux.

LITTÉRATURE SUR LA PENSÉE MÉTAPHYSIQUE ET LE DROIT

Littré. *Auguste Comte et la philosophie positive*, p. 519. — « Ce qui est au delà du savoir positif, le fond de l'espace sans bornes est absolument inaccessible à l'esprit humain. Mais inaccessible ne veut pas dire nul ou non existant. L'immensité tient par un lien étroit à nos connaissances et devient par cette alliance une idée positive et de même ordre ; je veux dire qu'en les touchant et en les bordant, elle apparaît sous son double caractère, la réalité et l'inaccessibilité. C'est un océan qui vient battre notre rive, et pour lequel nous n'avons ni barque ni voile, mais dont la claire vision est aussi salutaire que redoutable. »

Herbert Spencer. *Faits et commentaires. Questions ultimes.* Trad. Dietrich, 1903, p. 337. — Il y a un aspect de la grande énigme auquel on semble accorder peu d'attention, mais qui, dans ces dernières années, m'a plus fréquemment frappé. Je ne fais pas allusion aux problèmes que présentent toutes les existences concrètes depuis le soleil jusqu'aux microbes, mais à ceux présentés par la forme universelle, sous laquelle celles-ci existent : les phénomènes de l'espace.

Dans la jeunesse nous franchissons sans surprise les vérités géométriques exposées dans notre Euclide. Il suffit d'apprendre que dans un triangle à angle droit le carré de l'hypothénuse est égal à la somme des carrés des deux autres côtés : cela est démontrable et cela suffit. Quant aux multitudes de rapports remarquables entre les lignes et entre les espaces, très peu viennent à se demander : Pourquoi sont-ils ainsi ? Il se peut que la question soit soulevée dans les années postérieures comme elle l'a été en moi-même par quelques-unes des vérités les plus étonnamment merveilleuses qui sont groupées aujourd'hui sous le titre de géométrie de position. Beaucoup de celles-ci sont si surprenantes que si l'on ne se trouvait en présence de preuves oculaires, elles seraient incroyables...

Comment advient-il que la forme nue des choses nous présente des vérités aussi incompréhensibles que celles présentées par les choses qu'elle renferme. »

Beudant. *Le Droit individuel et l'Etat*, p. 278. — « Emile de Girardin, le plus grand dissolvant qui ait jamais existé, s'était un jour tracé la tâche que voici : « Je voudrais, dit-il, en finir une bonne fois avec tous ces mots tels que droit, raison, justice dont le sens varie et se contredit selon le temps et les pays. » La prétention n'était pas mince. Eh ! sans doute, ces mots sont abstraits, mais ils ne le sont ni plus ni moins que tous ceux qui expriment des notions morales. C'est une loi de l'histoire des langues que les mots apparaissent pour exprimer les idées avant que les idées ne soient fixées ; plus tard seulement l'analyse éclaire ce que l'intuition n'avait d'abord que pressenti. »

Pareto. *Les systèmes socialistes*. I, p. 70. — « Les raisonnements métaphysiques dont nous nous sommes occupés n'ont aucune valeur objective, parce qu'ils se préoccupent de choses qui n'existent pas. »

P. 54. « Ces sentiments de l'homme ont été répartis en diverses classes parmi lesquelles nous devons considérer celles qu'on a appelées : la religion, la morale, le droit, la coutume... Elles n'ont aucune réalité objective précise et elles ne sont qu'un produit de nos esprits ; c'est pour cela que c'est une chose vaine de rechercher, par exemple, ce qu'est objectivement la morale ou la justice. Cependant les hommes ont, de tout temps, raisonné comme si la morale et la justice avaient une existence propre, agissant sous cette tendance très forte pour eux, qui leur fait prêter un caractère objectif aux faits subjectifs et de ce besoin impérieux qui leur fait recouvrir d'un vernis logique les relations de leurs sentiments. »

Henri-F. Secrétan. *La population et les mœurs*, p. 383. —

« En fait le droit n'existe que quand il est l'expression d'une force. C'est une thèse générale que notre sujet nous invite à proposer. »

P. 384. « Le droit est très différent aussi de la justice qu'on lui assimile par défaut de précision dans le langage. La justice est en principe la réciprocité dans la collaboration et dans l'attribution des droits. La conception en est infiniment variable. Il y a eu et il y a encore une quantité de droits qui violent la justice, telle que la comprennent ceux dont ces droits dirigent et limitent la conduite. »

P. 385. « La raison du plus fort n'est certes pas toujours la meilleure, mais en fait c'est la seule qui prévale. »

P. 390. « Si la majorité gouverne dans les démocraties, ce n'est pas du tout parce qu'en fait elle se rapproche de l'unanimité, mais parce que, comme autrefois la monarchie et l'oligarchie, elle représente une volonté qui paraît momentanément irrésistible. »

Franz Leonhard. *Zukünftige und gegenwärtige Rechte. Archiv. f. R. u. W. Philosoph.* X. 140, 1917, p. 142. — « Man muss davon ausgehen, dass das Bestehen einer Rechtsbefugniss nichts als ein Bild ist, um die Vorschriften des objektiven Rechts zusammenzufassen. Das Recht im subjektiven Sinne ist nur eine Ausdruksform, ein Spiegelbild der objektiven Rechtssätze.

. . . .

Vor den Regeln des objektiven Rechts ist rechtlich noch nichts vorhanden. Freilich sind die Lebensverhältnisse schon da, aber noch nicht als rechtliche. Wer eine Rechtsbefugniss ohne Rechtssatz annehmen will, fällt in die Irrtümer des Naturrechts zurück. »

Oppenheimer. *Staatswissenschaft und Politik der Gegenwart.* sur *Vierkandt. Staat und Gesellschaft. Archiv. f. R. u. W. Phil.* X. 202. — In seinem oben genannten Hauptwerk findet sich zum ersten Male die sehr ansprechende und sicher den Tatsachen entsprechende Bemerkung, dass bei Interessenstreitigkeiten die Streitenden selbst regelmässig von sehr « trivialen » Motiven beherrscht sind, während der « Umstand » die unbeteiligten Zuschauer, ebenso regelmässig von den « höheren Motiven » geleitet werden..... Wir glauben nämlich, dass der Ankergrund an der Stelle liegt, wo die Seinswissenchaft der Soziologie in die Sollwissenschaft der Sozialphilosophie übergeht. Wir haben in dieser Psychologie der Zuschauer ein Analogon zu der « reinen Kontemplation » des ästhetisch Geniessenden : hier wie dort wird der Wille durch kein persönliches Interesse von dem eigentlich wichtigen abgelenkt : in der ästhetischen Betrachtung von der reinen Schönheit, in der sittlichen Wertung von dem

reinen Ethos, dem letzten und tiefsten Urgrunde aller Gesellschafts, dem kategorischen Imperativ, dem absoluten Sittengesetz. Wo immer wir an die Grenze der kausal verknüpfenden Gesellschaftswissenschaft vordringen, betreten wir das Gebiet des Wertens : dazu brauchen wir Masstäbe und wir finden niemals einen andern, als eben jenes höchste Sittengesetz, das jeder geistig Gesunde anerkennt, sobald ihn nicht eigene Interessen ablenken, und das daher die uninteressierten Zuschauer selbstverständlich als Masstab ihres Urteils wählen. »

Kohler. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, p. 8. — « Der Hauptirrtum der kantschen Philosophie besteht darin, dass der Unterschied zwischen Subjekt und Objekt ins Ungeheuerliche übertrieben ist. Nach der kantschen Erkenntnistheorie steht auf der einen Seite das Subjekt ganz allein im Theaterraum und vor ihm ist die ungeheuerliche Bühne der Theatervorstellung, welche die Welt bedeutet. Zwischen diesen beiden Dingen sollte nun eine Vermittelung sein, aber fern davon : das jenige was wir wahrnehmen ist nur ein Phänomen, eine Folge von Erscheinungen, und alles, was hinter dem Phänomen liegt, ist uns ewig verborgen. »

P. 16. « Ein anderer Versuch von Stammler geht von Kant aus und operiert, als wie wenn Hegel gar nicht vorhanden wäre. Er erkennt im Gegensatz zum alten Naturrecht an, dass das Recht wechselnd sein müsse und dass darum nur formal von einem vollkommenen Rechte die Rede sein könne. Dieses Formalrecht will er darstellen als das richtige Recht, und dieses wiederum ableiten aus verschiedenen Kriterien. Diese Kriterien entstehen aus dem grossartigen Werden der fortschreitenden menschlichen Kultur, er aber will sie in bestimmten, ein für allemal gegebenen Erfordernissen des Individual-oder Soziallebens finden, und das ist verkehrt. Nichts verkehrter als beispielsweise zu sagen : die Sklaverei sei in keinem Stand menschlicher Kultur ein richtiges Recht gewesen. Darin rächt sich eben der Rückschritt, dass man von dem geschichtlichen Hegel zum geschichtslosen Naturrechtler Kant zurückkehrt. Die ganze Richtung kann ebenso wie der Neukantianismus begraben werden. »

Benda. *Le Bergsonisme*. p. 101. — « S'il est parfaitement vrai que connaître n'est pas vivre, réciproquement vivre n'est pas connaître ; s'il est parfaitement vrai qu'avec des points de vue nous ne ferons jamais une chose, réciproquement avec des choses vous ne ferez jamais un point de vue ; s'il est incontestable que nous qui regardons la ligne décrite par le mobile, nous ne sommes pas cette ligne, réciproquement vous qui êtes devenu cette ligne, vous ne pouvez plus la voir ; s'il est incontestable que notre rai-

son reste nécessairement à l'extérieur des choses, non moins nécessairement votre installation à l'intérieur des choses a rompu tout commerce avec la raison. Donc aimez, étreignez, croyez, sentez, vivez ; soyez des saints, des héros, des poètes... bien mieux, soyez les choses, soyez l'action ; soyez la vie... Seulement dès que vous vous mêlez d'émettre l'ombre d'une idée, nous vous arrêtons. »

A. Fouillée. *Kant a-t-il établi l'existence du devoir ? Rev. de Mét. et Mor.*, mai 1904, p. 521. — Au lieu d'invoquer un *impératif catégorique,* Kant n'a le droit que de faire appel à notre bonne volonté pour conférer pratiquement une valeur absolue à la raison pure et à ses ordres. « Agis *comme si* ta raison pure avait, à elle seule, une valeur objective, comme si la forme d'universel n'était pas une simple manière de mettre de l'ordre dans tes pensées humaines ou tes actes humains ». Kant n'arrive pas à restaurer pratiquement, sous forme *impérative* et *catégorique,* ce qu'il a de ses propres mains renversé spéculativement. Il est obligé d'avoir recours à notre consentement : Voulez-vous admettre en pratique, ἔργῳ, que le devoir absolu, sans condition et sans contenu expérimental, n'est cependant pas un λόγῳ, une forme « vide », que votre raison pure pratique n'est pas purement humaine, et que l'universel a dans la réalité des choses une valeur supérieure à toutes les individualités éphémères ? L'admission de ce principe ne peut être qu'une croyance et cette croyance elle-même doit se fonder sur des raisons objets de connaissance. Mais précisément les raisons ou connaissances spéculatives, à l'appui de cette croyance, ont toutes été jetées par Kant à la grande mer. »

Geny. *Science et technique*, 2e partie, p. 7. — « Pour découvrir, dans le donné de la nature et de la vie, les principes de conduite qui s'imposent à l'homme en société, nous devrons principalement compter sur cette sorte de sympathie intellectuelle qu'on a appelée l'intuition, et qui, ressentant les palpitations mêmes de l'organisme social, y saura découvrir le secret des règles capables de le diriger vers son but. Dès lors, nous affirmerons ces règles, sinon en vertu d'une science positive, du moins au témoignage d'une croyance, fournissant à notre action une base ferme, sur laquelle elle puisse bâtir son œuvre propre et spécifique.

Qu'ils l'avouent ou non, pareil secours est nécessaire, en fait, à tous ceux qui s'aventurent sur le mystérieux terrain de l'investigation morale. Et les procédés, de l'ordre intellectuel, dont ils usent dans leurs recherches, recèlent toujours, à leur base, des postulats d'origine intuitive. C'est ce qu'il est aisé d'apercevoir, à travers les systèmes de morale, se donnant pour les plus objectifs, toutes les fois du moins qu'ils dépassent la simple descrip-

tion des pratiques effectivement suivies, pour en dégager les normes qui s'imposent. »

L'image du Monde de Maitre Gossouin, publié par H. Prior, Lausanne 1913.

« Ce est retorique. — La tierce art a non retorique qui est droiture et raison et ordenance de parole, que ele ne soit pour fole tenue. Car li droit, par quoi li jugement sont fet, et qui par raison et par droit, sont esgardé en court de roi et de baron vienent de retorique.

De cet art furent decretales estraites, et lois et decrez qui ont mestier en toutes causes et en tous droiz.

Qui bien savroit retorique, il connoitroit et tort et droit. Par fere tort est li hons perdus et dampnez, et par fere droit est sauvez et a l'amour de Dieu. »

Secrétan. *Les droits de l'humanité*, p. 4. — « Le droit découle du devoir, il faut que chacun de nous puisse accomplir la tâche qui lui est proposée, la tâche qui est sa raison d'être et qui proprement le constitue. Chaque individu, chaque peuple, chaque civilisation trouvent la mesure, le nombre et la définition de leurs droits dans la notion du devoir à laquelle ils sont parvenus.

P. 15. Etre soi-même au service du genre humain: quel que soit le sentier par où l'on y monte, cette conception du devoir est commune à tous les civilisés,

La séparation du droit naturel et de la morale provient de l'état de guerre, c'est-à-dire du fait qu'au lieu de reconnaître la solidarité générale, chacun cherche à abuser d'autrui. »

Duguit. *Les transformations générales du Dr. Priv.* p. 9. — « Je dis que cette notion est d'ordre purement métaphysique, ce qui est en contradiction certaine avec les tendances des sociétés modernes et avec le réalisme, disons le mot, avec le positivisme de notre époque. »

P. 37. « La conception nouvelle de la liberté, laquelle n'est point un droit subjectif mais la conséquence de l'obligation qui s'impose à tout homme de développer le plus complètement possible son individualité, c'est-à-dire son activité physique, intellectuelle et morale, afin de coopérer le mieux possible à la solidarité sociale. »

Extrait d'un discours de M. Félix Bovet, publié par Charles Secrétan. *Droits de l'Humanité*, p. 345. — « Ce que nous voulons, c'est que jamais, ni sous prétexte de morale, ni sous prétexte d'hygiène, l'Etat ne s'écarte de ce qui constitue sa raison d'être la protection de la liberté des individus.

On croit être juste et même libéral, quand on n'a dans sa constitution qu'une ou deux dérogations au droit commun..... Mais la justice qui transige — ne fût-ce que sur un seul point — la justice qui n'est pas constante et perpétuelle n'est plus la justice.

JOURNAL DE GENÈVE, 15 sept. 1917, p. 6. *Signes des temps nouveaux.* — « Les jours de [l'alcool] sont comptés. L'esprit nouveau lui a porté le coup fatal.

Atteinte à la liberté individuelle, étatisme ? Eh non ! La liberté de l'abrutissement des autres et de soi-même n'est pas légitime, parce que l'alcoolique est un être nuisible. Les lois qui combattent les ravages de l'alcool sont des lois de libération personnelle et de protection individuelle. »

JEAN JAURÈS. *De la réalité du monde sensible,* p. 216. — « L'individualité a quelque chose de profond. Quelle erreur que celle de Socrate demandant une maison de verre ! L'homme a droit à la maison de pierre, à la maison résistante et close, où il enferme le secret de ses affections et de sa vie, et où la mort lui est plus douce, parce qu'elle y est enveloppée d'un recueillement ami. S'enfermer, ce n'est pas se resserrer, car, en se répandant au dehors on y rencontre parfois tant de froissements et de blessures qu'on traîne, sous le ciel grand ouvert, une âme contractée. Au contraire, dans la paix de la maison, le cœur se rouvre, et, dans l'individualité close, se creusent à l'insu du monde agité des abîmes de tendresse et de douceur. »

A. CARTAULT. *L'intellectuel,* p. 213. — « On répète sans se lasser que l'homme est fait pour vivre en société et cela est juste ; mais il ne l'est pas moins qu'il a en lui l'instinct indéracinable de la vie isolée ; c'est dans la vie isolée, loin du contact avec ses semblables, qu'il jouit de sa pleine indépendance ; cette pleine indépendance est son aspiration la plus impérieuse, le besoin le plus pressant de sa nature ; il aime à se délivrer de toute domination. de tout contrôle ; alors seulement il se sent véritablement libre ; ce que sa volonté lui commande, ce que sa fantaisie lui conseille, il le fait, sans avoir à rendre compte de ses actes à personne ; il n'a d'autre guide que son bon plaisir. »

GENY. *Science technique,* II, p. 354. — « Pour obtenir de façon décisive, avec une plénitude assurée et une fermeté convaincante, le principe des normes directrices de l'activité morale ou juridique, il faut avoir pris parti sur la conception générale de l'Univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée. Qu'importe que pareilles recherches menacent de nous entraîner à l'abîme ? Le risque vaut d'être couru si nous ne

pouvons autrement acquérir la confiance indispensable à l'action. »

P. 356. « C'est donc sur le simple fondement de l'expérience interprétée à l'aide de toutes les puissances de la raison, que je veux affirmer ici le dualisme, voire le pluralisme, éclatant dans la constitution même de l'Univers, le théisme avec ses conséquences nécessaires, la distinction fondamentale entre l'homme et les autres êtres créés, l'immortalité de l'âme humaine, sa liberté essentielle, sa sublime destinée vers Dieu. »

HERBERT SPENCER. *Principles of Ethics*, IV[e] p. *Justice*. — « Quand un homme est libre de poursuivre les différents objets de la vie, sans autre restriction qu'une liberté égale et semblable chez les autres hommes ; quand il est maître de sa vie, de ses mouvements, de sa parole, de sa plume, de son bien ; qu'il peut donner, léguer, échanger, anéantir ou conserver tout ce qu'il a acquis soit par son travail, soit par voie de transmission, il a épuisé la liste entière de ses droits. Le suffrage n'est pas un droit : il est un moyen de garantir l'exercice des droits. »

CATHREIN. *Die Grundlagen des Völkerrechts. Arch. f. R. u. W. Phil. 1916, p. 7.* « Die allermeisten von diesen modernen Rechtsgelehrten haben nur unklare Begriffe von Naturrecht. Wollte man ihnen glauben, so wäre das Naturrecht im 17. oder 18. Jahrhundert entstanden. Dass schon die griechischen und römischen Philosophen unzählige Male von Naturrecht reden, es genauer erklären, sich in ihren Entscheidungen darauf berufen, scheint ihnen unbekannt zu sein. Davon dass die grossen Scholastiker längst vor dem 17. Jahrhundert das Naturrecht allseitig erklärt und philosophisch begründet haben, wissen die meisten von ihnen erst recht nichts. »

« Worin besteht den das Naturrecht?... Das Naturrecht besteht wesentlich in einigen von selbst einleuchtenden Vernunftsgrundsätzen oder Vernunftforderungen sammt den notwendig darauf folgenden Konsequenzen. Zu diesen Vernunft forderungen gehören vor allem die Grundsätze: Du sollst jedem das Seine geben (suum cuique tribuendum); du sollst niemanden ein Unrecht zufügen (nemini injuria facienda). »

KANTOROWICZ. *(Verhandl. des ersten deutschen Soziologentages), 1910, p. 209.* « Diese historische Schule warf ja alles Naturrecht zum alten Gerümpel... Sie ist darin zu weit gegangen... es ist nichts weiter als die Aufwärmung der Lehre der alten Sophisten, das alles Recht νομῳ keine φυσει gälte. Aber sie hat immerhin ein Unverlierbares gelehrt, da wir heute alle wissen, dass nur das positive Recht — wobei wir nicht positives Recht mit staatlichem Gesetz verwechseln dürfen — eine Bedeutung für das Leben und den Richter haben kann ; Recht ist nur was anerkannt ist, kein Recht gibt es,

das irgendwo von Natur gilt, also selbst wenn niemand es anerkannt hat. Nur die katholische Richtung in der heutigen Rechtsphilosophie hält das göttliche Naturrecht fest. Wenn sie die Schriften eines Cathrein, eines Hertling lesen, so finden sie noch immer in alter Weise Gebrauch gemacht von den ewigen Naturrechtssätzen, aus denen man dann in unmittelbarer Folgerung unsere moderne Sozialpolitik ableitet. Das kann auch nicht wundernehmen, denn diese Herren sind ja verpflichtet, dieses zu glauben, den Thomismus zu lehren, und in Thomismus ist das Naturrecht beinahe die Hauptsache. »

Gény. — *Science et technique...* II, p. 350. « Les partisans du droit naturel restent très forts, même se montrent vraiment invincibles, quand ils s'en tiennent à dégager le principe et le contenu essentiel de la justice dont la raison nous impose un minimum inéluctable. Le danger de la doctrine, c'est de dépasser trop aisément ce minimum, seul absolument rationnel, et de prétendre résoudre, par le moyen du droit naturel, les hypothèses les plus menues qu'offrent au juriste les multiples relations de la vie sociale. Alors, on tombe forcément sous d'autres disciplines, infiniment complexes, nuancées, particulières. »

Burle. *De la notion de droit naturel dans l'antiquité grecque.* Ch. VII. *La réaction socratique,* p. 149. « L'Etre suprême a donc gravé dans notre nature des lois saintes et invariables, ce sont les lois non écrites, et Socrate est un des premiers qui aient parlé des *ἄγραφοι νόμοι*. Cette régle immuable qui se révèle immédiatement à la conscience n'est autre que la loi morale. Pour qu'elle obtienne son plein effet, il suffit qu'elle soit connue. Dans l'éthique socratique, la sagesse se ramène à la connaissance du bien inséparable de la réalisation de ce qui a été reconnu pour tel. »

Ch. V. *Protagoras,* p. 108. « Un des dialogues de Platon nous montre Socrate interpellant Protagoras sur le caractère et l'essence de la vertu. Socrate s'attache à prouver son unité malgré la diversité de ses manifestations, au nombre desquelles il faut ranger la science, la justice, la tempérance. « Ces différentes vertus ne sont pas aussi dissemblables qu'elles le paraissent. Au lieu d'être indépendantes, elles se contiennent toutes les unes les autres et se supposent réciproquement. Il n'y a point de sainteté qui ne soit juste, de justice qui ne soit sainteté.....» Protagoras prétend en revanche que c'est de l'ensemble de ces vertus particulières et distinctes que résulte la vertu..... Il regarde la vertu comme une dénomination générique, sous le couvert de laquelle il faut comprendre communément la justice, la science, la tempérance : d'où il concluera à son unité purement nominale. »

Ch. VIII. *Euripide,* p. 163. « Sophocle, dans l'aveuglement du respect religieux, allait jusqu'à dire : « Un dieu vous prescrirait

de vous écarter de la justice, il faudrait marcher où il ordonne. Ce que la divinité commande ne saurait être mauvais.» Euripide n'a que mépris, au contraire, pour un ordre criminel donné par les dieux, ou plutôt sa raison proteste contre des croyances qui ravalent les immortels à se faire les conseillers d'un parricide..... « Il est déplorable, remarque-t-il ailleurs, que les dieux n'aient pas imposé de plus sages lois aux hommes.....» .....Nous retiendrons cette pensée si profonde d'*Hécube*, que la coutume νόμος est au-dessus des dieux, parce que c'est elle qui a déterminé la croyance aux dieux.»

H. A. Smith. *The Principles of Equity*. p. 9. « A distinction precisely analogous to that which we observe in our own legal system presents itself in the Roman jurisprudence, upon which so much of our own is founded..... These latter were elaborated and applied according to Papinian « *adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi, juris civilis gratia* »; and the « *jus gentium* » which the Prætor claimed to administer, and in accordance with which his edicts were framed, was but, as sir Henry Maine has explained, a peculiar aspect as the *jus naturale*, — the law of nature and reason, to which all men appeal from the technicalities and imperfections of conventional systems. And as a matter of history there is no doubt that a similar spirit actuated our earlier chancellors in the establishment of the principal branches of English equitable jurisprudence. We find them referring to the writings of Moses and the prophets in just the same spirit, and for just the same purpose, as the prætor referred to the Stoic philosophers of Greece. »

Lambert.·Préface à Mahmoud Fathy. *Doctrine de l'abus des droits en droit musulman.*, p. 11. « L'objet de (cette) étude n'est pas la description d'une institution islamique bien déterminée, mais plutôt l'analyse d'une méthode de travail ou d'une tendance générale d'esprit de la science juridique musulmane dont l'influence s'est fait uniformément sentir sur toutes les branches du Droit. L'auteur aurait pu sans trop de témérité ajouter à son titre ce complément explicatif : ou l'esprit du droit islamique. »

Sénèque. *De Beneficiis* IV, ch. 7. « Natura, inquit, hæc mihi præstat. Non intelligis te, quum hoc dicis, mutare nomen Deo? Quid enim aliud est natura quam Deus, et divina ratio, toti mundo et partibus ejus inserta? Quoties voles, tibi licet aliter hunc auctorem rerum nostrarum compellare ; et Jovem illum optimum ac maximum rite dices, et tonantem, et statorem : qui non, ut historici tradiderunt, ex eo quod post votum susceptum acies Romanorum fugientium stetit, sed quod stant beneficio ejus omnia, stator, stabilitorque est : hunc eundem et fatum si dixeris,

non mentieris; nam quum fatum nihil aliud est, quam series implexa causarum, ille est prima omnium causa ex qua cetera pendent. Quæcumque voles illi nomina proprie aptabis, vim aliquam effectumque celestium rerum continentia. Tot appellationes ejus possunt esse, quot munera.

C. 8..... Quocumque te flexeris, ibi illum videbis occurentem tibi; nihil ab illo vacat: opus suum ipse implet. Ergo nihil agis, ingratissime mortalium, qui te negas Deo debere, sed naturæ; qui nec natura sine Deo est, nec Deus sine natura; sed idem est utrumque, nec distat officio.

Dictionarium Alberici de Rosate, ed. 1539, V° *Natura*. Natura naturans est Deus. insti. de jure nat. in princ. D. si certum peta. l. respiciendum (fr. 38, XII. 1) et D. de justitia et jure l. j. Natura naturans et natura naturata no. ea l. respiciendum de justitia et jure l. j. Natura sumitur multis modis. Primo est jus insitum rei similia de similibus procreans. Secundo quidam instinctus naturæ ex sensualitate proveniens ad appetendum, procreandum, et educandum. tertio instinctus naturæ ratione proveniens. quarto jus naturale, id est, precepta naturalia. in princ. decretorum § jus aute. et ibi non. Aliquando natura id est, consuetudo S. ad Mace. l. j. sup. verb. natura. (gl. ad. verb. natura. Fr. 1 pr. XIV. 6.) Aliquando id est, naturali ratione D. de ne. ge l. ali. natura (fr. 18(19) III. 5.) et D. de usuf. l. si cum impendia (fr. 45. VII. 1) et de condi. indeb. l. nam (hoc) natura (fr. 14. XII. 6). Aliquando possibilitas naturæ D. de lib. et posth. l. siquis posthumos (fr. 9. pr. XVIII. 2). Quinque ponitur, prosono? D. de pac. l. jur. § idem respon. (fr. 7 § 5. II. 14). Aliquando ponitur pro divina scientia no. eo. [si] pater de jud., l. Sed et si. (fr. 28 § 5. V. 1.) Aliquando pro naturali ratione et insita a natura. de cond. indeb. l. s. non sortem § libertus (fr. 26 § 12. XII. 6). »

(Il faut lire vraisemblablement: Quinque ponitur pro substantia.)

Fr. 7 § 5. II. 14. « Idem responsum scio a Papiniano et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse. »

« Glo : ad. v. *extra naturam*. id est substantiam; ut de commodando librum ad auscultandum. Alii dicunt id naturale quod nos substantiale. »

« Crimen contra naturam vide luxuria... violatur divina societas cum natura cujus ipse autor est libidinis perversitate polluit XXX II q. VII flagitia (Decret. sec. pars c. 13. d 22. q. 7). Jure naturali omnia sunt communia; sed consuetudo inducit meum et tuum XVII. dis. differt. (Decret. prim. pars d. 8 pr.) Prescientia vel prædestinatio divina nullam naturæ infert necessitatem XXIII q. 18 Nabuchodonosor § proxim. Decret. sec. pars. c. 22 d. 23. q. 4.) ·

D. Vaconii a Vacuna. *Declarationes*, ed. 1609.

« Omnes qui desiderant recte jus intelligere (omnes autem desiderare debemus) ejus principia clare nosse debent ....dicamus jus alterum esse naturale : alterum civile seu politicum et quia vetustius est jus naturale, quod cum ipso genere humano natura ipsa protulit, ideo ab ipso incipiendum est. Est igitur sciendum, jus naturale id esse quod semper est bonum. Præterea jus et justum idem est.... ....Et quia animalium triplex reperitur forma et per consequens triplex natura : una enim est arborum et herbarum, alia animalium, tertia hominum. Forma seu natura arborum et herbarum, est anima vegetativa seu vegetabilis quæ est causa nutriendi, augendi, generandique. *Aristot. in Ethic. 2. de anima. Sanctus Thoma in opusculo de potentiis animæ. Bart. in d.* § *quod si ad hæc.*

Secunda est forma seu natura animalium omnium, inter quæ etiam connumerantur homines, non tanquam homines sed tanquam animalia sine ratione.....

Tertia est forma seu natura hominum, quæ ipsa anima rationalis, ea enim est perfectio hominis, ergo et forma : perfectio enim cujusque rei forma substantialis *est ipsius rei. Aristot. 1 Polit. Bart. in D. tract de alveo* § *quod si.*

...Est itaque conjunctio maris et feminæ per se bona, et est a natura : illa vero qualitas illicita est ab homine, et est mala *sicut* dicimus in diabolo, in quo natura et creatura ipsa, est bona : quia omnis creatura Dei bona est, est que a Deo, ut inquit Paul, *ad Timoth* cap. 4. Malitia vero est ab illius, voluntate, non a Deo.

Hartmann. *Leibniz als Jurist und Rechtsphilosoph. Einfluss der Leibnizischen Jurisprudenz auf seine Philosophie*, p. 107. — In dem ältesten bekannten Briefe (von 1671) an Herzog. J. Friedrich von Hannover, einem Briefe der für die spätere Berufung dorthin mit grundlegend wurde, spricht er zuerst von seiner geplanten rationalen Jurisprudenz, kraft deren er « die römischen Rechte gegen vernunftmässige Gründe natürlichen Rechtes gehalten », und knüpft daran unmittelbar die Bemerkung : wie ihn die Begierde, so er von Jugend auf gehabt, in diesen Sachen auf einen beständigen Grund zu kommen, getrieben, weiter zu gehen und die Natur des Gemütes der Gedanken und Affekte zu untersuchen und wie er so « nicht geruht, bis er zu den letzten ursprünglichen Gründen gekommen ». Und nachdem er am Schluss seinen damaligen, später in der Monadenlehre neu ausgebildeten, Substanzbegriff entwickelt, kommt er darauf zurück, dass ihn zu seinen Gedanken über den Kern der Substanz die genaue Untersuchung über die Jurisprudenz geleitet habe. »

Leibniz. *Textes inédits* publiés par Mottaz, p. 51. — « La science

du droit est une des sciences nécessaires et démonstratives qui ne sont point fondées sur les expériences et les faits et servent plutôt à rendre raison des faits et à les régler par avance... » « ...ce qui aurait lieu à l'égard du droit, quand il n'y aurait point de loy au monde. »

Observationes de principio juris, c. XIII. — « Ut proportionum et æqualitatum, ita et equitatis et convenientiæ regulæ æternis rationibus constant, quas violare Deum et jubere aliquando, ut aliquis solius voluptatis suæ causa (exempli causa) alios homines innocentes cruciet impossibile est. »

CHAPITRE XV

Le Droit et la Vie.

BIBLIOGRAPHIE. Frazer, *Golden Bough*; — Post. *Anfänge des Staats und Rechtslebens, Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz*; — Dareste. *Etudes d'histoire du Droit*; — Steinmetz. *Die Studien der Volkenkunde*; — Simmel. *Soziologie, Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*; — Ehrenberg, *Raubwirtschaft und Kraft Kultur. Archiv für exakte Wirtschaftsforschung*. T. I, p. 40. (Les considérations d'ordre économique sont trop générales pour comporter une bibliographie spéciale.) Voir toutefois : *Annales de l'Institut internat. de Sociologie*, 1900-1901, sur le matérialisme historique; — Fr. Adickes. *Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesond. über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen*, 1872; — Gnæus Flavius (Kantorowicz). *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*; — Kantorowicz. *Rechtswissenschaft und Soziologie*; — Ernst Fuchs. *Juristische Kulturkampf*; — Bozi. *Die Weltanschauung der Jurisprudenz*; — Heck. *Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzes Auslegung und Interessenjurisprudenz*; — Ehrlich. *Freie Rechtserfindung und freie Rechtswissenschaft. Der praktische Rechtsbegriff. Festschrift Zitelmann*; — Dans. *Auslegung der Rechtsgeschäfte*; — Wehrli. *Urtheilsfindung*; — Düringer. *Nietzsche's Philosophie vom Standpunkt des modernen Rechts*; — Wustendörfer. *Zur Hermeneutik der soziologischen Rechtsfindungs Theorie, Arch. f. R. u. W. phil.* IX B. 1916; — — Gillis. *Die Billigkeit, eine Grundform des freien Rechts*; — Josserand. *De l'abus des droits*; — Saleilles. *De l'abus de droit*; Porcherot. *De l'abus du droit*; — Reynaud. *L'abus du droit*; — Roussel. *L'abus du droit*; — Lévy Bruhl. *La morale et la science des mœurs*; — Gény. *Ouvrages cités : riche bibliographie sur ces diverses questions.*

On oppose bien souvent la pratique à la théorie, l'intellectualité à l'action, le Droit scientifique à la Vie. Ce sont des forces rivales que les uns veulent concilier, que d'autres

voudraient faire combattre jusqu'au triomphe définitif de l'une d'elles. En réalité, elles représentent deux sortes d'esprits qui ne peuvent pas se comprendre et qui resteront en éternelle rivalité ou du moins — pour parler du présent et du passé — sont et ont été en continuelle rivalité. La collaboration entre théoriciens et praticiens, pour être toujours et par la force des choses un peu hargneuse, n'en est pas moins nécessaire. Unis sans espoir de divorce définitif, ils s'accusent mutuellement d'égoïsme et d'incompréhension et n'ont peut-être tort ni les uns ni les autres. Suivant les heures, les sympathies du public à leur égard se déplacent et l'on préfère, en général, ceux que l'on a le moins fréquenté.

Ainsi parmi certains juristes théoriciens, la vie, la pratique, l'action jouissent d'un très grand prestige. Ce sont pour eux des entités mystérieuses auxquelles il leur est facile d'attribuer toutes les qualités. Elles ont des vertus un peu cabalistiques. On en parle avec une crainte respectueuse sans trop essayer de les connaître. Il faut toutefois avouer qu'un petit nombre de juristes font depuis peu de temps des efforts très louables pour préciser ce qu'il faut entendre par vie, pratique, action. Pour laisser à la Vie la part qui lui revient dans l'élaboration du Droit ou pour calculer ce qu'elle a fait dans le passé, encore faut-il savoir ce que c'est ?

Ce n'est peut-être pas très facile et ne peut guère être entrepris pour le moment que sous une forme conventionnelle et arbitraire. A la psychologie juridique proprement dite par laquelle s'élabore la technique du Droit, on peut opposer la psychologie non juridique et mettre dans ce second groupe tout ce qui n'est pas contenu dans le premier. Classification négative et peu satisfaisante sans doute. Elle suffira toutefois à montrer la complexité des phénomènes que l'on associe imprudemment dans une même expression.

§ 1. — **Les Institutions.** — I. *Institution simple et institution juridique.* — On définit parfois l'institution « chose établie ». Cette définition, qui n'en est pas une, n'est pas plus

mauvaise qu'une autre. Elle nous prouve, au moins, que le mot n'a pas de sens bien précis et que les éléments invariablement contenus dans le terme sont très pauvres. Le noyau de l'idée d'« institution » n'est que la répétition habituelle par une ou plusieurs personnes, un ou plusieurs animaux d'un acte quelconque. Une institution n'est autre chose qu'une habitude. Il en est d'individuelles qui ne diffèrent pas dans leur essence des collectives. Chacun peut se créer ses propres institutions économiques, religieuses, familiales. Elles seront générales sans être collectives, si consistant dans des actes d'intérêt purement individuel, elles sont adoptées par l'ensemble des personnes qui vivent en commun. Elles seront collectives ou sociales, si elles ont trait aux intérêts du tout ou d'une fraction de la collectivité. Les institutions deviennent légales lorsqu'une autorité quelconque les impose par la force de sa volonté ; elles deviennent juridiques lorsqu'elles sont analysées, formulées, interprétées suivant les règles de la technique juridique.

Les métamorphoses des institutions sont incessantes et constituent une forte partie de l'histoire

Les habitants de la ville de Huçal avaient pris l'habitude de porter leurs paquets sur la tête. Rien ne les y obligeait ; chaque individu pouvait porter ses paquets comme il lui plaisait. Mais c'était devenu une coutume générale. Or le jour du Sabbath, il est interdit aux Hébreux de porter leur paquet comme les autres jours de la semaine. Par suite, alors que les autres Juifs pouvaient le jour du Sabbath porter certains objets sur la tête, les habitants d'Huçal ne pouvaient le faire. C'est ici une simple habitude individuelle qui s'est généralisée, a été prise en considération par l'autorité religieuse et légale pour être ensuite commentée par la science juridique.

Les institutions entrent et sortent à tout instant du domaine juridique et légal. Une grande partie du travail du législateur consiste dans ce mouvement d'inclusion ou d'exclusion. Donner la personnalité morale à une société, en sanctionner les statuts, créer un monopole d'Etat, frapper de peines certains

actes non encore punis par la loi sont autant de mouvements d'inclusion ; à l'inverse établir une liberté générale d'association, proclamer la séparation de l'Eglise et de l'Etat, biffer quelques articles dans la liste des délits sont autant de mouvements d'exclusion.

Ce passage de l'institution de fait à l'institution de Droit se présente sous des formes variées que l'historien du Droit a le devoir d'observer de très près. Quelquefois — surtout dans des civilisations avancées — le développement se fait à peu près parallèlement et simultanément dans l'un et l'autre domaine. Il se peut que le législateur introduise directement une réforme inventée par lui, et qui n'était pratiquée nulle part avant sa décision. L'institution de fait sera dès son origine institution de Droit. En organisant une nouvelle forme d'impôt, par exemple, le pouvoir fait une innovation sans collaboration de ceux qui y seront soumis.

Dans d'autres cas — surtout dans les civilisations primitives — les institutions sont organisées jusque dans leurs plus petits détails et fonctionnent à peu près régulièrement avant que l'autorité s'en occupe. Souvent alors, elle n'intervient que pour en protéger les éléments les plus faibles, les plus exposés aux attaques, ou ceux que le pouvoir est le plus apte ou a le plus d'intérêt à protéger. Ce n'est que peu à peu qu'elle finit par en embrasser tous les contours. Dans ce cas, l'histoire de la formation de l'institution est tout à fait indépendante des circonstances qui l'ont fait entrer dans la conscience légale ou juridique.

L'institution de la propriété familiale ou individuelle est infiniment plus ancienne que sa définition et description juridique. L'appropriation de la terre, — notamment, — son administration, sa culture, la distribution de ses fruits et de tous ses avantages, les modes de transmission par vente ou en cas de décès se sont constitués à l'état d'usages familiaux ou de tribus en dehors de l'autorité religieuse ou laïque qui représente la sanction, c'est-à-dire le Droit. L'autorité commence par lui accorder une protection fragmentaire et acci-

dentelle. Le roi, détenteur du pouvoir de police et intéressé au maintien de l'ordre, n'intervient que dans le cas où l'ordre est troublé, où des actes de violence sont commis entre deux individus ou deux groupes d'individus dont les uns veulent dépouiller les autres. L'intervention du pouvoir royal, limité à l'origine au maintien de la paix du groupe et aux actes qui risquent le plus de la troubler, devient de plus en plus fréquente et finit par protéger la propriété dans toutes ses modalités et ses éléments. La théorie juridique en dessine alors les contours.

Ainsi le vol et le dépouillement par violence sont les occasions premières qui ont permis au droit de s'occuper de l'institution « propriété ». C'est le vol et la violence qui marquent le point d'entrée de la coutume de fait sous la protection légale. Et cela est d'un intérêt capital pour l'histoire des rapports entre le développement de la justice et le développement de l'appropriation individuelle ou familiale. Mais la propriété est entièrement constituée sous forme extra-juridique, lorsque ce contact s'établit. Le phénomène psychologique d'appropriation est très certainement antérieur à la création de mesures de défense contre le vol. Ce n'est pas seulement une vérité d'évidence logique; il serait très facile d'en multiplier les preuves historiques : dans des périodes où tous les vols ne justifient pas l'intervention de la justice, il existe des régimes successoraux à peu près complets et des procédés d'aliénation qui supposent l'existence d'une institution propriété déjà complète dans tous ses détails.

II. *Zone de variabilité des institutions.* — L'esprit humain est ainsi fait qu'il s'extasie avec autant de naïveté devant les divergences et devant les ressemblances des mœurs et institutions humaines. Lorsque le voyageur vient raconter dans son pays ses impressions de voyage, ses auditeurs se demandent avec la même stupéfaction : « Comment peut-on avoir des mœurs si dissemblables des nôtres ? » et un instant après : « Comment des gens que nous ne connaissons pas, peuvent-ils avoir des mœurs si semblables aux nôtres ? » Et la science

de l'Histoire du Droit, en la personne des grands savants qui la représentent n'est pas exempte de ces étonnements alternatifs entre la grande ressemblance et la grande dissemblance des institutions humaines.

Ce n'est pas que le problème de la ressemblance et de la dissemblance des institutions et de leur développement dans leur marche vers la civilisation soit à dédaigner. Bien loin de là. C'est le problème par excellence que doit se poser l'historien du Droit. Sa difficulté est extrême et sa solution ne peut être espérée avant longtemps. Il ne faut donc pas supposer le problème résolu et se contenter en histoire de vérifier les identités de solutions dans les législations les plus diverses; pas plus d'ailleurs qu'à relever systématiquement les divergences. Supposons un ethnologue qui se rendant dans un pays peu connu fasse défiler devant lui tous les habitants et se borne à constater pour chaque individu : « Il a un nez, deux yeux et une bouche. » Cela ne servirait pas à grand chose.

Il y a dans l'évolution du Droit, certaines similitudes d'institutions et certaines similitudes de développement des institutions. Il s'agit de les constater. Mais dès qu'elles sont constatées avec précision et certitude, il convient de les expliquer philosophiquement. Si cette explication est avec nos données impossible, il convient de faire les recherches nécessaires pour pourvoir l'atteindre.

A chaque instant de son existence, l'individu ou le peuple ne jouit pas d'une liberté illimitée dans la création de ses institutions. Hercule hésita entre deux routes; d'autres peuvent avoir été à des carrefours plus riches en direction, mais à chaque instant le choix est limité ainsi que le nombre des solutions possibles.

Comment est limité le choix d'un individu ou d'un peuple qui veut se tracer une ligne de conduite :

1° Il est limité logiquement par le nombre de solutions qui sont à sa disposition. En dehors de toute considération concrète, le nombre des procédés par lequel on peut régler la

succession d'un individu est limité. Donc toute institution est limitée par la construction des solutions imaginables ou possibles.

2° Ce choix peut être encore limité par le fait que toutes les solutions imaginables ne sont pas matériellement réalisables. Ainsi une polygamie générale ne pourra pas s'établir là où il y aura beaucoup plus d'hommes que de femmes.

3° Par la psychologie collective ou individuelle qui impose à l'homme ou au groupe un certain choix parmi les solutions possibles à un moment donné.

On ne saurait comprendre la raison pour laquelle un peuple adopte une institution donnée à un moment de son histoire si l'on ne connaît l'ensemble des possibilités logiques, des possibilités matérielles et des possibilités psychologiques dont il disposait à cet instant. Etant donnée la situation A, identique chez un nombre *n*. de peuples, nous constatons qu'ils ont tous adoptés la solution *a*, ce seul fait par lui-même ne signifie rien. Car il se pourrait que ce problème ne put logiquement avoir qu'une seule solution. Si, au contraire, à la situation A correspondait mille solutions et que neuf-cent-quatre-vingt-dix-neuf aient été négligées par l'unanimité des législations au profit d'une seule, cette considération serait d'un intérêt tout autre et cacherait quelque chose de très important et de relativement facile à découvrir.

Sans blâmer les généralisations qui ont pu être faites sous l'impression des divergences ou des similitudes d'institutions, nous les considérons comme des procédés de travail, mais, à aucun titre, comme des interprétations philosophiques de l'Histoire du Droit.

III. *Valeur des institutions.* — Au point de vue logique, dire qu'une institution vaut mieux qu'une autre équivaut à ne rien dire. L'idée de valeur toute seule n'a aucun contenu. Il faut choisir avant tout l'échelle sur laquelle une chose quelconque aura plus ou moins de valeur. On peut choisir comme échelle, un idéal moral, à condition de pouvoir le définir ; on peut choisir l'idéal de justice, puisqu'il peut être strictement

défini. Le développement intellectuel de l'ensemble de la nation ou encore la prospérité matérielle du peuple, ou encore le sentiment d'un orgueil national peuvent, chacun d'eux pris à part, servir d'étalon pour mesurer les institutions à un point de vue unique.

Ayant choisi une échelle, il est possible de reporter sur cette échelle les diverses institutions de même nature et d'indiquer celle qui vaut mieux que l'autre. De telle sorte qu'ayant choisi deux institutions nous pouvons les reporter sur le cadre moral, sur le cadre de la justice, sur le cadre économique, patriotique... etc.... et chacune de ces opérations pourra nous donner un résultat différent. De telle sorte qu'il faudrait un hasard bien extraordinaire pour que sur les diverses échelles, les institutions fussent toujours placées dans le même ordre, et que l'une d'entre elles fut à l'égard des autres à la fois la plus morale, la plus juste, la plus favorable au point de vue économique, la plus patriotique... etc...

Comme suivant les cas, on prend souvent une échelle ou une autre sans indiquer celle que l'on choisit, la plupart des jugements de valeur sont dénués de caractère logique.

Si nous prenons le criterium « justice » définie par le *suum cuique*, il est possible de dire de deux institutions celle qui est la plus juste. Encore faut-il distinguer entre la justice individuelle ou de premier degré, et la justice politique ou de second degré. Soit « république démocratique » comparée à « monarchie absolue. » En justice politique, la « république démocratique » est toujours et certainement supérieure, par le fait qu'une vraie démocratie tend à faire participer la totalité des citoyens aux avantages du pouvoir, qui sont produits par la totalité des citoyens.

Mais en matière de justice individuelle, il est impossible de donner une réponse aussi nette. Un régime démocratique pourra suivant le tempérament des peuples donner des résultats excellents ou déplorables. Car si en échange du droit de mettre du papier dans une urne, une catégorie de citoyens se voyait dépouillée de ses biens, de sa liberté, de sa vie,

il serait bien difficile de dire que la justice se serait accrue par l'adoption d'un tel régime. La justice politique n'est que très secondaire par rapport à la justice privée.

IV. *L'amour et la haine des institutions.* — Logiquement parlant, on devrait envisager toutes les formes institutionnelles avec le plus grand scepticisme car aucune ne contient nécessairement ni la justice, ni le bien, ni la prospérité intellectuelle ou matérielle et encore moins toutes ces vertus à la fois. Il est même difficile de calculer quelle proportion de l'une ou l'autre de ces vertus chaque institution peut contenir. L'hésitation, la prudence, la réserve dans l'estime ou la mésestime serait fort à sa place. En réalité — et dans tout le cours de l'histoire — les hommes se montrent passionnés à l'égard de certaines de leurs institutions. Il les aiment ou les haïssent avec fureur. Ils sont souvent prêts à donner leur vie pour défendre celles qui existent ou introduire celles qu'ils ont inventées. Les principes abstraits du Droit et de la justice les laissent au contraire presque toujours totalement indifférents. On pourrait donner de cet attachement illogique une raison historique. Dans les périodes primitives, beaucoup de peuples croient avoir reçu leurs institutions des divinités qu'ils adorent, de telle sorte qu'une longue habitude psychologique les porte à diviniser leurs usages même aux époques où ils ont perdu toute croyance religieuse. Mais peut-être que cette explication historique est inutile ; cette affection irraisonnée tient à la psychologie générale de l'humanité, à son esprit mystique et constructif, à son élaboration intellectuelle simpliste et unilatérale. L'amour des institutions contient la poésie de l'accoutumance pour le conservateur, la poésie du rêve pour le novateur. Peut-on désirer que l'humanité se prive de ces plaisirs bien qu'ils ne soient pas sans danger.

L'attachement aux institutions est sans grands inconvénients lorsqu'il est partagé par l'ensemble des citoyens ou des membres d'un même groupe. Mais les divergences d'opinions sur des questions bien futiles peuvent entraîner les plus sanglants conflits et les haines les plus prolongées. En présence

de pareils cas, on peut se demander si un peu de scepticisme n'aurait pas épargné bien des douleurs à l'humanité.

D'ailleurs toutes les institutions ne sont pas également aimées ou haïes. Il en est qui restent obscures et dont le grand public ne se soucie pas : ce sont les meilleures. Il en est qui après avoir suscité l'enthousiasme, perdent tout leur prestige : classons-les encore parmi les meilleures. Car aux institutions aimées et adulées, on leur passe tous leurs caprices, ce qui en corrompt bien vite la nature. Celles qui donnaient légitimement les plus beaux espoirs ont vite fait de se charger de fautes ou même de crimes. Les institutions sans prestige sont sévèrement contrôlées ; on leur demande de faire de la bonne besogne et elles s'y appliquent pour être tolérées.

Ces diverses considérations ne doivent pas être perdues de vue. Elles sont fort importantes pour la compréhension de l'histoire du Droit.

V. — *Le prestige des institutions et leur développement, par voie d'analogie.* — Le fait que les diverses institutions pratiquées par un peuple jouissent à ses propres yeux de prestiges très inégaux est capital dans l'histoire. Il faut en se plaçant à un moment donné, distinguer dans les mœurs les éléments favoris, les éléments simplement indifférents, et les éléments impopulaires. Les premiers ont une tendance à imposer leur forme à tous les autres. Ce seront les types dont chaque institution née ou à naître recherchera la ressemblance. Ils dirigeront le développement analogique des institutions.

Il ne faut pas confondre le rôle de l'analogie dans la formation des institutions avec le raisonnement par analogie employé par la technique juridique et dont nous avons déjà étudié le mécanisme. Ce dernier est un procédé rationnel, conscient et réfléchi ; la formation analogique des institutions est inconsciente, à tout le moins irréfléchie.

Les législations d'un degré de civilisation à peu près identique sont presque toujours composées des mêmes éléments institutionnels. Celui qui se borne à les rechercher et à en

constater la présence ne peut parvenir à dégager l'originalité des mœurs qu'il étudie. Cette originalité consiste particulièrement dans la mise en valeur des éléments prépondérants.

Les institutions romaines primitives se forment autour de deux éléments principaux : autorité du père de famille, nationalisme étroit des Quirites. Les organisations des puissances paternelles et maritales prennent par analogie la forme de la puissance dominicale; et la notion de dominium ex jure Quiritium domine l'organisation patrimoniale. La dépréciation sous l'Empire de ces deux notions entraîna la reconstitution lente mais continue de toutes les institutions, par analogie avec des formes étrangères.

Au moyen âge le fief, la foi et l'hommage forment les institutions centrales sur lesquelles les institutions secondaires se modelaient. On peut dire que la période féodale cesse, non pas le jour où toutes ou la plupart des institutions féodales ont disparu, mais au jour où le contrat féodal de fief cesse d'être le type de formation ou de déformation analogique des éléments inférieurs du Droit.

Car la force analogique agit comme déformateur en modifiant des institutions déjà existantes pour leur donner la structure qui prédomine à un instant donné. Ainsi dans les pays où l'organisation féodale absorbe dans son entier la propriété terrienne ; où domine le principe « nulle terre sans seigneur ». L'idée de fief s'y impose tellement à la pensée que parfois l'idée de propriété privée et indépendante est inconcevable et que lorsqu'elle existe en fait, il lui faut revêtir bon gré mal gré la forme féodale.

La force analogique préside à la création de types nouveaux. Si par exemple un peuple primitif vivant sous l'autorité d'un roi, veut échapper à la tyrannie d'un seul et diviser le pouvoir, il emploiera presque toujours la forme monarchique en la modifiant par quelques modalités. Il créera deux petits monarques, à pouvoir absolu, mais identique et par suite se paralysant l'un l'autre ; il constituera un certain nombre de petits

souverains tout puissants dans un certain domaine, mais dans un domaine limité ; il ne donnera à ces petits souverains qu'une souveraineté temporaire et les fera se succéder les uns aux autres avec rapidité. Mais c'est sur les royautés anciennes que se calquent les républiques anciennes.

A toute époque, on peut constater d'ailleurs des phénomènes de même nature. Le développement analogique du Droit a beaucoup de traits de ressemblance avec le développement analogique du langage étudié par les linguistes.

§ 2. — **Le facteur économique.** — Calculer même vaguement l'importance du rôle économique dans le développement du Droit et la création des institutions, exigerait une triple compétence dans les sciences historiques, juridiques et économiques. Si l'on est étranger à la science de l'économie politique, on ne peut même poser le problème, ni prévoir la méthode qui donnerait à cet égard quelques précisions.

Il est toutefois certain que pris en bloc, ce facteur économique est d'une importance considérable. Il n'est pas moins certain que les économistes ont réuni en un seul bloc, pour les étudier des phénomènes très variés de nature, mais qui convergent vers un point central, la science économique elle-même. Pour ceux qui ne s'occupent pas de cette convergence et n'étudient pas les phénomènes économiques dans leurs résultats économiques, il n'y aurait aucun avantage à maintenir lié ce faisceau disparate. Pour les utiliser en philosophie et en histoire du Droit, il convient avant tout de les dissocier et de mettre en relief leur caractère originaire. Sans prétendre conduire cette opération à l'analyse définitive qui lui conviendrait, on peut toutefois poser la classification suivante des forces auxquelles les uns ou les autres ont donné la qualification d'économiques :

1° — La psychologie économique : les phénomènes intellectuels ou sentimentaux qui dirigent les actes de production ou d'acquisition de certaines choses.

2° — La logique économique. — Série d'opérations intellectuelles, par lesquelles les hommes cherchent à utiliser les

connaissances qu'ils peuvent avoir du mécanisme économique pour régler selon leurs sentiments la production, l'acquisition et la consommation des choses.

3° — L'adaptation intellectuelle de l'homme à la nature physique des choses, en vue d'en tirer le meilleur parti.

4° — Action des propriétés physiques des choses sur la cérébralité humaine : Influence du milieu.

I. — *Psychologie économique.* — La science économique — en cela peut-être supérieure à la science juridique — s'est efforcée de dégager parmi les motifs d'action humaine les éléments les plus généraux et les plus simples.

Que recherchent les hommes ? Le plaisir. Que veulent-ils éviter ? La peine. Quelles sont les conditions d'existence de l'humanité ? La satisfaction d'un certain nombre de besoins. A cette satisfaction des premiers besoins, à la recherche du plaisir, à l'horreur de la peine et du travail, qui est une sorte de peine, il faut ajouter la prévoyance : plaisir remis au lendemain, peine à évitér le lendemain, satisfaction des besoins du lendemain. Telles sont les notions psychologiques élémentaires qui peuvent expliquer les phénomènes économiques.

Cet état psychologique conduit l'homme à prendre contact avec les choses. La nature physique des choses les prédispose plus ou moins à procurer à l'homme du plaisir, à lui éviter de la peine, à satisfaire ses besoins. Ce rapport entre les qualités matérielles des choses et la psychologie économique humaine leur donne des qualités économiques qui se rattachent aux idées de valeur, utilité, richesse, marchandise, que nous nous abstenons de définir ici.

Le contact entre les deux groupes, les êtres actifs et appétents d'une part, les choses passives et appétissantes d'autre part, détermine de la part des premiers certaines actions : production, rapine, échange.

L'homme qui désire certains objets ne peut que les produire — dans le sens très large du mot — ou les enlever de force à ceux qui les ont produits, ou les prendre avec leur consentement en leur donnant d'autres objets.

Ces actes humains répétés constamment à travers l'histoire

sont étudiés par les méthodes les plus diverses qui donnent à chaque école son originalité. On cherche à en dégager certaines lois générales auxquelles chacun attribue plus ou moins d'importance et d'universalité.

Tels sont ces principes : « L'homme veut se procurer le maximum de plaisir avec le moins de peine. »

« Le prix varie en raison directe de la demande et en raison inverse de l'offre » ou « la demande est une fonction du prix. »

Certes, l'économie politique, ses synthèses, ses lois ont une grande importance pour expliquer la création des institutions.

Toutefois la psychologie économique nécessaire à la compréhension de l'histoire du Droit et de sa philosophie ne se confond pas absolument avec celle des économistes.

1° — Les économistes, parmi les actions des hommes pour se procurer des biens, étudient surtout l'échange, moins la production et très peu la rapine. Cela se comprend fort bien puisque cette rapine est pour nos civilisations un fait anormal qu'il faut supprimer et non diriger. Au point de vue historique, la rapine est un phénomène aussi important et aussi intéressant que l'échange et la production.

2° — L'économie politique veut obtenir des explications générales de certains phénomènes. Elle peut négliger le particulier et l'accidentel. Elle ne fait pas de la psychologie pour la psychologie. Elle étudie les appétences humaines dans leurs résultats et peut tout aussi bien en négliger complètement la nature intime et se borner à travailler sur les manifestations extérieures sans vouloir les expliquer. Au contraire, si l'on cherche une explication philosophique aux origines des institutions, les notions les mieux analysées sont plus explicatives que les notions plus générales. De telle sorte que les synthèses psychologiques suffisantes pour l'économiste demandent dans la philosophie de l'histoire à être analysées.

Ainsi l'« intérêt » ou le « désir d'amasser des richesses », phénomène extrêmement général qui est à la base du Droit

comme de l'Economie politique, n'est pas une vraie donnée psychologique car suivant les individus et suivant les classes, il repose sur des bases intellectuelles différentes.

De tous temps, les hommes ont lutté pour obtenir deux catégories d'avantages :

1° — Des plaisirs physiques et intellectuels les plus intenses, pour eux ou les leurs. Ils cherchent à se procurer certains objets qu'ils désirent pour les consommer ou en consommer les fruits et en retirer toutes les sensations agréables que peut provoquer une telle consommation.

2° — La puissance qui donne à l'individu — en dehors de tout plaisir de consommation — la supériorité sur ses semblables et lui permet de faire prévaloir sa volonté.

Le désir de consommation et le désir de puissance ne fonctionnent pas également dans les mêmes milieux. Dans les milieux populaires les désirs de consommation prédominent ; ils jouent souvent un grand rôle dans les révolutions. Dans les luttes entre aristocraties et entre souverains ou prétendants les désirs de puissance sont les plus violents.

Le désir de consommation et le désir de puissance n'obéissent pas aux mêmes lois. Le premier diminue progressivement avec la consommation elle-même ou l'acquisition des objets à consommer et aboutit vite à la satiété. Le désir de puissance augmente plutôt avec l'acquisition des richesses et de la puissance qui en résulte. C'est un aiguillon de travail plus constant qui n'aboutit jamais à la satiété, peut-être même rarement à la satisfaction. Combien de millionnaires ou même de milliardaires travaillent avec acharnement à augmenter leur fortune, alors qu'ils ne pourront jamais l'épuiser en plaisir d'aucun genre. Ce ne sont pas, en général, les moins regardants et les moins intéressés.

Les désirs de puissance ne portent pas uniquement sur des valeurs économiques : la situation religieuse, les fonctions publiques, la possession purement fictive de la terre, la situation dans le monde commercial en font aussi l'objet.

L'invention de la monnaie effectua dans la psychologie hu-

maine une grande transformation. Elle fusionna l'idée puissance et celle de consommation. Elle est au point de vue psychologique de la puissance de consommation. La monnaie créa l'avarice, sentiment énigmatique d'apparence mais d'une logique parfaite. Celui qui tient un écu dans sa main, a un pouvoir éventuel sur un nombre d'objets illimité. Il peut, en imagination, en faire une foule d'emplois divers tous réalisables. Mais dès qu'il a donné son écu en échange d'un objet quelconque, il n'a plus à sa disposition que ce seul objet. Quelle que soit la valeur de son marché, celui qui achète perd toujours en puissance, celui qui vend, gagne toujours en puissance. Aussi le vieux Caton avait-il raison de dire que le bon père de famille doit beaucoup vendre et peu acheter. Celui qui achète échange une somme considérable de puissance pour un peu de jouissance. Ainsi s'explique cet attachement à toute monnaie, quelle qu'en soit la nature, dont la seule possession a été depuis longtemps pour l'homme une des plus profondes satisfactions.

II. — *Logique économique.* — On peut appeler ainsi l'ensemble des opérations intellectuelles par lesquelles les hommes cherchent à utiliser les connaissances qu'ils peuvent avoir du mécanisme économique pour régler selon leurs sentiments la production, l'échange et la répartition des richesses. Plus simplement, ce sera l'application des théories économiques à l'organisation des institutions.

Seuls les pays très civilisés possèdent de grandes écoles économiques présentant des systèmes complets de leur science où le législateur peut aller officiellement prendre conseil. Mais à toute époque de l'histoire, il y a eu, dans toutes les classes, certaines croyances économiques fragmentaires, parfois contradictoires, nées d'observations unilatérales et incomplètes et par suite souvent vicieuses. Pour être mal fondées ou mal systématisées, ces croyances n'en forment pas moins de véritables logiques économiques, peut-être d'autant plus agissantes qu'elles sont plus simplistes. Ainsi la réprobation des objets de luxe, sentiment populaire si répandu à toute époque ; le fait de voir dans la terre ou dans l'argent la seule véritable

richesse, la conception que la terre seule est productive, que l'argent ne saurait produire d'intérêt puisqu'il ne se multiplie pas de lui-même... et tant d'autres vieux principes que l'on retrouve partout, constituent de véritables théories économiques. Leur influence dans les coutumes et les institutions fut incessante, parfois heureuse, parfois déplorable.

On a vu, bien souvent et à toute époque, des paysans dans les villages se refuser à admettre les marchands ambulants et les entraver autant que possible dans leur commerce. Ils leur apportaient des produits qui pouvaient leur être fort utiles mais ils emportaient de l'argent. D'autres laissent de l'argent mais emportent les marchandises et on les voit aussi d'un mauvais œil. Idées contradictoires, mais très puissantes ; embryons de doctrines sur la nature des richesses qui par leur développement constitueront des sciences, mais qui ont été très efficaces, même sous des formes très rudimentaires.

C'est par une sorte de logique économique que pendant le moyen âge bien des seigneurs surent abolir de nombreux droits pécuniaires qui remplissaient leur caisse pour attirer chez eux commerçants et cultivateurs, augmentant ainsi la valeur de leur territoire dans de fortes proportions.

La psychologie économique et la logique économique sont deux forces de nature différente et pouvant dans certaines circonstances agir dans des directions opposées. L'une est constituée par des phénomènes naturels et généraux souvent irréfléchis, presque inconscients ; l'autre est un travail intellectuel scientifique ou pseudo-scientifique, le résultat d'observations plus ou moins bien faites, de réflexions plus ou moins bien conduites. Aussi n'est-il pas rare que le théoricien ne comprenne pas très exactement la mentalité de l'*homo economicus* et en contrecarre les tendances.

A son tour, l'*homo economicus* cherche souvent à asservir la logique, en inventant des théories dans le seul but de satisfaire des intérêts personnels ou des intérêts de groupes. Les doctrines sur le protectionnisme et le libre-échange et leur lutte incessante dans la politique de tous les pays s'expliquent

beaucoup plus par des rivalités pécuniaires que par des rivalités d'école.

Cette sujétion accidentelle n'empêche pas la logique économique de poursuivre sa carrière individuelle et de fournir à toutes les législations une large contribution personnelle.

III. — *Adaptation intellectuelle de l'homme à la nature des choses.* — Nature des choses et buts économiques. — Les hommes désirant certaines choses pour satisfaire leurs désirs de jouissance ou leurs désirs de puissance sont par cela même obligés de se conformer à la nature de ces choses pour les faire prospérer. Ils doivent arroser les plantes qui pourraient craindre la sécheresse, préparer la terre pour recevoir la semence, planter, greffer les vignes et les arbres fruitiers; — choisir, soigner, élever le bétail qui peut vivre sur leur territoire... etc.. Pour cela, il faut étudier la nature de ces diverses choses. Il est parfois nécessaire que l'autorité, quelle qu'elle soit, fasse des lois et des règlements pour obliger les individus de tenir compte dans une certaine mesure des propriétés physiques des objets matériels, des propriétés physiologiques des êtres vivants, objets de la richesse.

Bien entendu cette connaissance de la nature des choses est extrêmement variable ; par suite, les lois s'y adaptent plus ou moins bien. Pour pouvoir trouver dans chaque cas des solutions satisfaisantes, le législateur devrait connaître à fond toutes les techniques, ce qui lui est évidemment impossible. D'ailleurs, comme chaque technique est en perpétuel progrès, la vérité d'aujourd'hui peut ne pas être celle de demain et telle mesure réglementaire ou législative qui est en parfaite conformité avec la vérité d'aujourd'hui pourrait être rendue nuisible, tyrannique par un nouveau progrès de la science.

Cette adaptation des lois à la nature des choses est donc toujours imparfaite ; elle se manifeste dans toutes les civilisations par actions et réactions plus ou moins violentes. On constate des périodes d'intervention où la loi, la coutume ou les règlements veulent agir sur l'individu afin d'assurer à l'ensem-

ble le maximum de prospérité, et des périodes où l'individu se débarrasse de tous ces liens et se proclame capable d'être le mieux placé pour savoir comment il doit faire prospérer les divers éléments de son patrimoine.

Dans cette expression *nature des choses*, de quelle *nature* et de quelles *choses* entendons-nous parler ?

Nature. — Il s'agit de la nature physique des choses inanimées, de la nature physiologique des êtres animés, de la nature psychologique de certains êtres animés. Les caractères psychologiques des animaux supérieurs jouent un rôle dans leur élevage et la nature du travail qu'on peut leur demander. Il ne faut pas oublier surtout que l'homme a joué un rôle de chose — en admettant qu'il ne le joue plus. Le degré d'intelligence des esclaves de telle ou telle race modifiait considérablement leur valeur et leur situation.

Choses. — Il s'agit plus particulièrement des choses matérielles qui peuvent procurer à l'homme un avantage. Il convient toutefois de faire une double observation.

1° — L'homme a dû apprendre à connaître non seulement les choses amies pour les faire prospérer, mais les choses obstacles et les choses ennemies pour les vaincre ou les supprimer. Choses obstacles, celles qui risquent de le priver des biens qu'il attend : maladies des plantes ou du bétail, mauvaises herbes qui étouffent les semailles ; choses ennemies : celles qui s'attaquent directement à sa personne et peuvent l'anéantir lui-même : ennemis, bêtes féroces ou venimeuses, maladies.

2° — Il est des entités immatérielles qui s'imposent à l'humanité, non pas seulement à l'humanité raisonnante mais à l'humanité agissante et pratique : tels sont l'espace et le temps. Il faut bien les traiter comme des choses positives quelle que soit leur nature philosophique. Bien qu'il soit dans l'usage de rapprocher ces deux notions, elles ne sont peut-être pas, au point de vue économique, de la même nature.

L'espace ou la distance économique peut être, à la rigueur.

considéré comme une chose matérielle, car il est constitué par l'agglomération d'un certain nombre de corps physiques entre deux points déterminés : c'est une certaine masse d'air, d'eau, de terre qu'il s'agit de traverser pour aller d'une ville à une autre et la nature des corps qui se trouvent dans cette masse est du plus grand intérêt pour les transports. Les voies de communication se créent d'après des considérations purement physiques.

Le temps peut être mesuré matériellement par le déplacement des corps ; mais il est en lui-même absolument immatériel. Il s'écoule identiquement pour celui qui le mesure et pour celui qui ne le mesure pas.

Cette différence est considérable, car l'homme a plus de prise sur l'espace qu'il n'a de prise sur le temps.

Le temps et l'espace sont pour l'homme des obstacles. Les biens dont on a envie ne sont pas à la portée de la main. Il faut se fatiguer pour aller les prendre ou payer pour se les faire porter.

Le temps est un obstacle : Celui qui a semé son champ doit attendre la récolte et s'il n'a pas de quoi subsister jusqu'à la saison nouvelle, il n'aura aucun profit de son travail.

Mais le temps et l'espace sont pour l'homme des biens, les plus précieux des biens.

A quoi servirait d'entasser des richesses à celui qui n'aurait que peu d'instant pour les consommer. Le temps qui s'écoule de la naissance à la mort, c'est la vie. Et ces années accordées à chaque individu ne sont-elles pas pour lui ce qu'il a de plus précieux ? Les biens dont il a pu jouir sont secondaires ; les titres portés à son crédit comptent bien peu pour celui qui n'a pas le temps d'en utiliser la valeur. Réflexions qui pourront paraître un peu plates à ceux qui ignorent que les économistes et même les juristes pensent toujours au temps-obstacle et rarement au temps-valeur.

L'espace est également une richesse ou du moins une condition de toute richesse.

La propriété foncière vaut par la nature physique mais aussi par l'espace qu'elle occupe ; le fait pour l'homme de jouir d'une grande liberté de mouvement, de pouvoir se transporter d'un pays à un autre, voyager dans les pays lointains est un plaisir donc une richesse, une chose qui s'achète comme tout autre bien.

Nature des choses et buts juridiques. — Le législateur observe aussi la nature des choses pour réaliser des buts juridiques. Il ne s'agit plus alors de faire prospérer les éléments de la richesse, mais ayant à assurer certains buts juridiques — sûreté des transactions, conservation du patrimoine familial, protection de la femme mariée, du mineur, transmission des biens, garantie de la bonne foi dans les marchés — il est obligé pour y réussir de se plier à la nature des choses. Un grand nombre des différences que les diverses législations font entre meubles et immeubles résultent du fait que les uns sont facilement transportables et que les autres ne le sont pas. Le législateur distingue aussi bien souvent les choses fongibles et non fongibles, les choses qui sont consumées par le premier usage..., etc...

Il s'occupe également du temps et de l'espace dans l'organisation juridique : ainsi pour la bonne marche des procès, il fixe des délais variant suivant les distances..., etc...

IV. — *Influence des choses matérielles sur la psychologie humaine.* — On pourrait étendre à toute cette classe l'expression célèbre de matérialisme historique. A l'inverse des facteurs précédents par lesquels l'homme agit sur la matière, dans cette grande catégorie de facteurs économiques la matière agit sur l'homme, elle le contraint avec un degré de nécessité difficile à calculer à suivre telle ligne de conduite, à modifier sa morale, son esthétique, ses institutions. La fameuse école du matérialisme historique avait pris dans ce groupe immense une toute petite branche, sans se douter d'ailleurs que ce groupe immense n'est qu'une très petite chose, un très petit ruisseau dans l'immense fleuve de la vie historique. Il n'en est pas moins vrai que la toute petite force historique et

l'énorme étiquette qu'on lui avait apposée méritent l'une et l'autre toute la reconnaissance des historiens, car elles ont attiré l'attention sur le facteur économique en général, méconnu ou mal utilisé autrefois.

Milieu géographique. — L'influence du milieu géographique sur les mœurs et les institutions humaines a été signalée depuis fort longtemps. Le climat, l'altitude, la proximité de la mer, la fertilité du sol agissent très certainement sur le caractère des êtres humains comme sur les animaux. On peut s'amuser et l'on s'est amusé bien souvent à faire des séries de rapprochements ingénieux et faciles entre la psychologie d'un peuple et la description physique du pays qu'il habite — ou qu'il a traversé dans le cours de son histoire. On a ainsi composé bien des ouvrages très plaisants à lire, mais qui ne donnent scientifiquement que des résultats assez vagues. Il est bien rare que l'auteur qui se livre à ce genre de littérature ne se laisse pas entraîner par la fantaisie et ne mélange le vraisemblable à l'invraisemblable. Qu'un pays très pauvre et montagneux prédispose ses habitants à la vie de rapine aux détriments de voisins plus riches, cela paraît — même a priori — tout naturel. On restera au contraire fort sceptique devant une affirmation de ce genre : l'esprit de classification des brahmanes leur vient de la forme régulière de la péninsule des Indes. Entre ces deux types le degré de vraisemblance de tel ou tel rapprochement peut varier à l'infini.

Le degré de pression que le milieu exerce sur le caractère humain est loin d'être toujours le même. Telle circonstance d'ordre géographique peut peser sur l'individu avec une rigueur extrême et ne pas lui laisser la liberté du choix. Ainsi pour le climat un pays trop froid ou trop chaud peut entraver toute civilisation, ou obliger à un genre de vie particulier. Mais dans un climat tempéré et de fertilité moyenne, l'homme devient beaucoup plus indépendant des forces physiques et des civilisations très diverses pourront se développer sous l'influence de facteurs très différents.

Il faut encore tenir compte dans le calcul du facteur géographique :

1° — De l'état de civilisation du peuple qui y est soumis.

2° — Du milieu dans lequel ce peuple a précédemment vécu.

3° — Du caractère et des institutions des peuples qui vivent dans des milieux analogues.

On s'est, il est vrai, quelquefois placé à ces divers points de vue ; mais, me semble-t-il, sans trop de méthode et d'esprit de suite.

Milieu démographique. — La densité de la population exerce une influence énorme sur les institutions. Celles qui sont pratiquées par un peuple peu nombreux deviennent absolument impraticables lorsque la population augmente. Des grandes villes et des petites villes peuvent être soumises aux mêmes textes, avoir les mêmes codes. En réalité le Droit et les mœurs n'y sont jamais identiques. Ce facteur démographique a été beaucoup plus négligé que le précédent. Henri-F. Secrétan, dans *La population et les mœurs* est un des auteurs qui s'en sont plus spécialement préoccupés.

Milieu dit économique ou milieu instrumental. — Par un phénomène assez singulier et extrêmement important en histoire, les inventions, produits du cerveau humain, passent rapidement du rôle passif d'objets créés au rôle actif d'êtres créateurs. Et ce qu'elles créent c'est l'homme lui-même : l'homme qui fabrique un outil, au même instant où il devient le maître de cet outil, en devient aussi l'esclave. A la nature de cet outil, il doit adapter ses efforts musculaires, ses efforts intellectuels, son genre de vie. Mais bien plus, sa vie de famille, son organisation sociale, ses sentiments, sa pensée, ses idéals sociaux ou religieux seront plus ou moins profondément influencés par la création de tout nouvel instrument qui semble uniquement fait pour lui donner plus de pouvoir, lui rendre le travail plus facile ou la vie plus agréable. De telle sorte que le *mens agitat molem* a sa contre-partie et que l'homme est obligé de vivre, d'aimer et de penser en vue de la meilleure utilisation de ses instruments de travail. Tel est, à mon sens, la constatation essentielle de la théorie matérialiste de l'histoire.

Quelles sont les inventions qui peuvent exercer sur l'humanité un pouvoir tyrannique? Toutes ou presque toutes à des degrés divers.

Au premier rang peuvent se placer toutes les inventions touchant l'art militaire. Toute invention militaire un peu importante, entraîne forcément un bouleversement de l'état social, intérieur aussi bien qu'extérieur. Il n'est pas nécessaire d'inventions extraordinaires comme celle de la poudre à canon. De simples modifications de tactique, de composition de l'armée, d'instruction militaire plus systématique, plus longue et plus patiente peuvent assurer le triomphe d'un peuple et d'une organisation politique.

Tactiques des premières invasions germaines, des invasions sous forme très différente des sarrazins et des normands, armée féodale, cavalerie lourde et construction de châteaux-forts constituent les diverses étapes qui aboutissent à la féodalité. L'emploi d'une artillerie même très rudimentaire devait la faire disparaître.

Les progrès dans les instruments de production ne viennent qu'en toute seconde ligne. Car la possibilité de production n'existe qu'avec la sécurité. D'ailleurs les fameux moulins de Carl Marx et de son école, moulin à bras, moulin à eau, moulin à vapeur, même en les prenant comme des symboles n'entraînent dans l'histoire que des variations faibles comparées aux transformations militaires.

Le progrès dans les moyens de transport a transformé l'intellectualité humaine. Il n'a pas agi comme on l'a cru très longtemps — dans le sens de la diffusion des idées, de la compréhension mutuelle et de l'unification générale de la mentalité humaine : loin de là. Il a créé des modes nouveaux de groupements suivant la façon dont les transports ont été aménagés, détruisant la vie de la périphérie au profit des centres dans certains pays, agissant ailleurs en sens inverse.

Les instruments de distraction : Imprimerie, presse à bras, presse à moteur, rotatives, sont autant d'instruments qui font peser sur la pensée humaine une tyrannie insinuante mais

lourde. Périodiques, journaux, grands journaux tirant à des millions d'exemplaires dérobent à la plus grande partie de l'humanité presque tout le temps qui lui reste pour réfléchir, en dehors du travail professionnel.

Ce n'est pas à dire que nos journaux les plus modernes soient malfaisants ; peut-être font-ils plus de bien que de mal, peut-être ne font-ils que du bien et pas de mal. Peu nous importe. Nous voulons constater simplement la nature purement instrumentale de la force morale de la presse. Au service de la bonne ou de la mauvaise cause, la rotative donnera exactement le même rendement. Il suffit d'avoir à sa disposition un certain nombre de ces machines, une certaine somme d'argent pour les faire mettre en mouvement, et l'on peut introduire dans l'intelligence de la masse tout ce que l'on veut, car la masse a tout juste le temps nécessaire pour adopter certaines opinions, mais n'a pas assez de temps pour réfléchir et critiquer.

Les premiers imprimeurs ont voulu mettre au service de la pensée un instrument de diffusion qui put la rendre accessible à toutes les intelligences ; ils voulaient communiquer à tous les grands chefs-d'œuvre du génie humain. Leur mission était grande ; et avec grand labeur et petit gain, ils ont su la remplir. Ils ne se doutaient guère que par la force des choses l'instrument qu'ils créaient deviendrait plus fort que la pensée, que leur œuvre de libération intellectuelle pouvait se transformer en œuvre d'asservissement intellectuel et que quelques siècles après eux, un illettré quelconque, pourvu qu'il fut assez riche serait mille fois plus capable d'agir sur la mentalité humaine que la Bible, Homère, Platon, Aristote et tous les classiques réunis.

Chaque fois que l'homme veut faire un effort pour réaliser un idéal donné, il crée un nouvel instrument ; et par le seul fait qu'il a créé un nouvel instrument, il a créé une puissance qui non seulement n'agira pas uniquement dans le sens de son idéal primitif, mais lui imposera un idéal nouveau. La matière façonnée par l'homme est plus forte que l'homme parce qu'elle transforme l'homme.

§ 3. — **Théorie et pratique.** — Dans une science bien constituée, il ne saurait y avoir opposition — encore moins contradiction — entre théorie et pratique. Car la pratique n'est autre chose que l'application de la théorie à la vie réelle. Cette application pourra présenter des difficultés nombreuses et, pour des raisons diverses, ne pouvoir être faite avec une exactitude rigoureuse ; mais l'application sera d'autant plus parfaite qu'elle se rapprochera de la théorie. Si, au contraire, il y avait discordance absolue entre l'une et l'autre, il faudrait que l'une ou l'autre soit totalement défectueuse.

Dans la discipline juridique, il n'en est pas du tout ainsi. Car ce qu'on appelle pratique est tout autre chose que l'application de la théorie à la vie réelle. C'est au contraire, l'art de puiser dans la vie réelle des raisons et des moyens d'échapper à la rigueur des principes. Ainsi « théorie et pratique juridique », entités d'origines diverses n'ont rien de commun que le terrain sur lequel elles se rencontrent pour se combattre et peuvent entrer en opposition et en contradiction.

Puisque, dans la discipline juridique, la pratique est autre chose que l'application de la théorie, comment peut-on les définir l'une et l'autre et en préciser les rapports ? Aucune définition sérieuse n'a été donnée par personne. Reste l'usage. Mais par l'influence du temps les monnaies s'estompent et les mots ont plus de tendance à divaguer qu'à condenser leur signification.

Il faut observer avant tout que les qualificatifs de théorique ou pratique peuvent s'appliquer à certaines fonctions juridiques, et à certaines méthodes juridiques ; deux points de vue absolument indépendants.

La fonction théorique — celle du jurisconsulte — étudie la loi en elle-même et en extrait des solutions générales en dehors de toute contestation entre particuliers ; la fonction pratique entre en activité chaque fois que surgit un procès ou qu'il faut élaborer un contrat pour le prévenir. Elle est représentée par le juge, l'avocat, le notaire. Mais un théoricien peut employer une méthode pratique, en faisant prévaloir dans

l'interprétation générale de la loi les intérêts économiques ; à l'inverse un praticien peut employer une méthode rigoureusement théorique et négliger complètement les considérations pratiques. Ces deux phénomènes sont très fréquents dans le cours de l'histoire. Aussi convient-il de distinguer soigneusement en histoire les rapports de la théorie et de la pratique dans les fonctions juridiques et les mêmes rapports dans les méthodes juridiques.

I. — *Fonctions théoriques et fonctions pratiques.* — La théorie juridique est plus particulièrement représentée par l'école et celui qui y enseigne toute sa vie peut être considéré comme le type du théoricien. Il acquiert sa connaissance du Droit par la réflexion, l'étude et la critique des réflexions d'autrui. Par la casuistique et l'examen de la jurisprudence, il peut descendre du général au particulier ; mais il ne connaît jamais une affaire dans tous ses détails, il ne voit jamais un être humain s'expliquer devant lui et lui raconter par le menu les circonstances de son conflit. Il ne peut savoir que ce que le juge a retenu et choisi : quelques phrases d'un gros dossier. D'ailleurs, il ne veut toucher au particulier que s'il peut en extraire une formule générale.

La fonction législative en elle-même est en dehors de la théorie comme de la pratique, car elle consiste en un commandement et commander en principe n'est pas raisonner. Mais presque toujours, en fait, le législateur est doublé d'un théoricien. Les ordres qu'il donne constituent des règles générales, et ces règles générales sont la conséquence de théories politiques.

La fonction pratique nous présente trois personnages importants : le juge, l'avocat, le notaire. Chacun influe à sa façon sur l'esprit du Droit de son époque. Celui qui étudie une législation donnée doit avant tout se renseigner sur le rôle de chacun de ces personnages. On pourrait croire que le juge a par son autorité la plus large part d'influence sur l'évolution du Droit. Ce n'est pas toujours vrai. Dans certaines organisations judiciaires, l'avocat n'existe pas ou n'a qu'un rôle très

inférieur. Dans d'autres, au contraire, c'est lui qui fait le véritable travail juridique. C'est en général un fin psychologue qui connaît le fort et le faible du juge et sait par où on peut le prendre. Le notaire, surtout dans les périodes où l'écriture est peu répandue, peut par ses procédés de rédaction introduire des innovations que le juge n'osera pas contester. Ainsi dans le Droit occidental de la période franque, le rôle du rédacteur de formules est considérable. Dans la justice féodale, l'avocat procédurier se révèle : il deviendra très puissant dans toutes les justices au XIIIme siècle et siècles suivants.

L'éducation du praticien influe considérablement sur son genre d'esprit. Il est des civilisations où il n'étudie dans aucune école et se développe par le simple apprentissage, fréquentant les plaids, et travaillant sous les ordres d'un autre praticien expérimenté. Dans d'autres milieux juridiques, il est soumis à une culture théorique plus ou moins longue ; quelquefois même — tels les rabbins du Talmud — il reste toujours théoricien toute sa vie tout en exerçant la justice.

Toutes ces circonstances influent sur l'atmosphère du milieu juridique et agissent sur la technique.

II. — *Méthodes théoriques et méthodes pratiques.* — A. Méthode apparente et méthode dissimulée. — La méthode du jurisconsulte est toujours apparente, ou du moins presque toujours. Il appuie ses solutions sur les vrais arguments qui les justifient et est aussi fier de la force de son argumentation que de l'élégance de ses solutions.

Dans des cas assez rares, des intérêts personnels, des opinions religieuses ou politiques peuvent lui faire soutenir une thèse plutôt qu'une autre. Mais comme il formule des principes généraux et que dans le cours de la vie les rôles se renversent souvent, il court le risque de se voir opposer le lendemain son opinion de la veille. Cette situation n'est pas extrêmement rare dans l'histoire ; elle n'est pas mortelle. Elle est quand même plutôt désagréable pour quelqu'un qui désire être pris au sérieux. Toute autre est la situation du juge qui

n'est jamais obligé d'indiquer les véritables motifs de sa décision. Se serait-il fait une règle de ne jamais décider entre les parties autrement que d'après la longueur de leur nez, il lui serait toujours facile de rendre des jugements parfaitement motivés en Droit et absolument inattaquables et personne ne pourrait jamais se douter du vrai motif qui le fait agir. De telle sorte qu'on a pu désigner le style des sentences judiciaires sous le nom de *Cryptologie* par le fait qu'il dissimule la pensée du juge plus qu'il ne la révèle. On remarque que le jugement est souvent rendu — parfois même prononcé — avant de prendre sa forme définitive et que les flots d'arguments et d'autorités qui le soutiendront s'il est attaqué, étaient par suite inconnus du juge au moment de la décision. Cela peut arriver en effet. La vraie méthode d'un jurisconsulte est presque toujours apparente ; la vraie méthode de la jurisprudence est parfois apparente, parfois dissimulée.

B. Les deux méthodes théoriques ou pratiques peuvent être mises en action indifféremment par des théoriciens ou des praticiens. Mais en quoi consistent les méthodes elles-mêmes ? La première emploie à la solution des difficultés juridiques la technique abstraite, les arguments de texte, d'analogie ou de construction, en un mot l'ensemble de la logique ; la méthode pratique négligeant les textes qui n'ont pas prévu exactement la difficulté et toute l'argumentation doctrinale, qui ne saurait la résoudre que de façon artificielle, s'efforce de calculer les avantages économiques et moraux de chaque solution.

Soit un procès entre un agriculteur et un commerçant à propos d'une vente. Le juge peut s'enfermer dans son cabinet, peser les textes, les confronter, chercher quelle solution est le mieux en harmonie avec la construction générale de la vente ; il fera dans ce cas usage de la méthode théorique. Si, au contraire, il analyse et pèse les intérêts de l'agriculture et du commerce et s'il veut par son jugement favoriser ou les agriculteurs ou les commerçants, c'est une méthode pratique qu'il aura employée.

Les deux méthodes peuvent donner des résultats identiques,

dans une espèce donnée et entrer en contradiction absolue dans une autre espèce. Il est d'ailleurs peu fréquent qu'une seule solution théorique s'oppose à une seule solution pratique. Ainsi dans notre hypothèse notre agriculteur avancera un argument de texte et les intérêts de l'agriculture, notre commerçant un argument d'analogie ou de construction et les intérêts du commerce, de telle sorte que presque toujours théorie se heurte à théorie et pratique à pratique aussi bien que pratique à théorie.

C. Fait et Droit. — Dans un procès donné, quelles sont les questions de Droit et quelles sont les questions de Fait ? Il n'y a pas entre ces deux notions d'opposition logique comme entre le général et le particulier, l'essentiel et l'accidentel, le concret et l'abstrait ?

La question de Droit est celle qui a déjà été tranchée par le législateur ; la question de Fait est celle que le législateur n'a pas cru opportun de réglementer et dont il laisse la libre appréciation au juge. Il n'y a pas de différence de nature.

Soit un cheval atteint d'une certaine maladie qui a été acheté il y a un certain temps. L'acheteur prétend ne pas avoir vu la maladie au moment de la vente. Il demande au juge de lui faire rendre son argent étant prêt lui-même à rendre l'animal.

1re hypothèse. — Supposons une première législation, ne contenant qu'un seul texte ainsi conçu : « Si le juge considère une vente comme déloyale, il pourra en prononcer la nullité. » En pareil cas, la question de Droit se résoud à peu près à rien, tandis que des multitudes de questions de Fait pourront être soulevées.

2me hypothèse. — Le code du pays est un peu plus explicite il dit par exemple : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ». — La proportion de Droit a considérablement augmenté, la proportion de Fait sensiblement diminué quoique restant toujours très impor-

tante. Le juge aura toujours à décider si la maladie en question est un vice caché, si elle rend le cheval impropre à tel usage, quel est l'usage auquel on le destinait..., etc....

3me hypothèse. — Le législateur a dressé un tableau limitatif des maladies pour lesquelles on doit annuler la vente. Le juge voit ses attributions réduites, il n'a plus qu'à constater que la maladie existait au moment de la vente — question de fait — et quelle se trouve dans la nomenclature du législateur — question de Droit.

4me hypothèse. — Le législateur pourrait encore aller plus loin. L'existence de la maladie au moment de la vente pourrait être fixée par des présomptions légales — constatation faite dans un certain délai. Pour la constatation même, il pourrait obliger le juge à s'en rapporter à un expert, au dire de deux témoins, à la parole de l'une des parties. Dans cette dernière hypothèse, le Droit aurait à peu près complètement absorbé le fait.

De nos jours, il serait rare de voir le pouvoir judiciaire aussi complètement lié. Dans un grand nombre de législations anciennes, le juge qui peut quelquefois choisir le mode de preuve n'a pas à l'apprécier. Si un certain nombre de cojureurs ou de témoins viennent jurer ou déposer devant lui dans les formes prescrites, il est tenu de les croire, quelle que soit sa conviction.

Une distinction précise entre le fait et le Droit ne peut être faite avec son maximum de précision, que lorsque la fonction judiciaire et la fonction législative sont nettement séparées. Lorsqu'il y a confusion des deux pouvoirs, la ligne de démarcation est plus difficile à tracer.

D. L'idéal de justice en théorie et en pratique. — La notion du juste est une notion théorique. Sa base est sans doute métaphysique, car c'est par conception métaphysique que nous donnons au *suum cuique* un caractère idéal. Mais, la valeur du juste une fois admise, la logique pure permet d'en développer les caractères et d'en faire application à une hypothèse

quelconque. Comme tout problème de logique pure, les problèmes du juste pourront être plus ou moins complexes et partant plus ou moins difficiles à résoudre. La vie réelle et concrète posera une série de ces problèmes; il faudra l'étudier pour en recueillir les données. Mais les données nécessaires une fois connues, une opération purement intellectuelle fournira la solution.

Le *suum cuique* n'est qu'un facteur du Droit au milieu de beaucoup d'autres. Aucune législation ne l'ignore, aucune législation ne l'applique constamment. Son introduction dans le Droit peut s'effectuer à des moments divers.

1° — Au moment de la confection du Droit. Le législateur peut se demander si les ordres qu'il donne sont conformes à l'équité. Il fait ainsi acte de justice en protégeant le patrimoine des mineurs, des femmes mariées, des fous, en assurant les droits successoraux égaux à tous les enfants... etc...

2° — L'équité peut être aussi envisagée au moment de la confection des contrats. Les contrats sont des lois que les individus se donnent à eux-mêmes. Faits loyalement, ils peuvent introduire dans la vie privée de chacun plus de justice que le législateur ne peut le faire. Ainsi le législateur peut avoir tracé un type de régime matrimonial juste dans la plupart des cas, si les fortunes des époux sont égales ou dans une certaine proportion ; injuste s'il y a trop grande inégalité. Le contrat de mariage permettra d'obtenir une équité plus grande pour chaque cas particulier.

3° — Enfin la justice peut être prise en considération au moment où les intérêts entrent en conflit. Un contrat, même loyal, peut aboutir par suite des circonstances à des résultats iniques; une loi même rédigée avec le plus de scrupule et de désir de justice peut aussi dans certains cas consacrer des iniquités. Le juge pourra-t-il ou ne pourra-t-il pas corriger la loi et le contrat ? Si non, la justice sera au point de départ du rapport juridique, on ne la retrouvera plus au point d'arrivée; si oui, elle sera au point d'arrivée et non au point de départ.

Les deux conceptions ont leurs avantages et leurs inconvénients; suivant les législations nous voyons prédominer l'une ou l'autre.

La justice de la loi est schématique, générale, théorique : la justice laissée tout entière à l'appréciation du juge pourrait suivre beaucoup mieux les contours de la vie et donner des résultats individuels plus parfaitement exacts, en admettant qu'elle put être absolument impartiale.

E. Double conflit de la théorie et de la pratique. — Lorsqu'on attaque l'œuvre de la doctrine dans le Droit, on lui fait un double reproche :

1° — Négliger les raisons d'utilité, sacrifier la forme au fond, la prospérité des individus et du pays pour obéir à la lettre morte d'un vieux texte. Les hommes pour un théoricien seraient fait pour le Droit et non le Droit pour les hommes. Avant de légiférer sur la vie économique, industrielle et commerciale des hommes, il faudrait la connaître et bien souvent le rédacteur de la loi ne la connaît pas ; il ignore les besoins de son époque et leur applique des règles surannées... etc... En résumé, théoriciens et praticiens ont un premier terrain de bataille : l'importance respective des facteurs juridiques et des facteurs économiques dans la confection et l'interprétation du Droit. Il faut remarquer que les principes de justice sont classés tantôt dans un groupe, tantôt dans un autre. Pour les vrais hommes d'affaires et certains moralistes, la justice n'est que de la théorie et ils la dédaignent complètement ; des réformateurs plus sentimentaux lui font une certaine place dans la pratique.

2° — Le théoricien résoud par avance une infinité de questions qui seraient beaucoup mieux résolues au moment où elles se présentent dans la réalité. Il vaudrait beaucoup mieux que le juge ne fut entravé par aucun texte, qu'il ignorât même la science juridique. Une bonne conscience, un peu de bon sens seraient suffisants pour trancher tous les procès. Plus le juge aura de liberté et sera dégagé de préjugés juridiques, mieux il saura trouver la solution la plus équitable et la plus

utile. Le vrai Droit pratique ne devrait pas se faire sous forme générale avant la naissance des conflits, mais par décisions spéciales au moment de les résoudre.

Nous n'avons nullement l'intention de prononcer entre ces deux grandes tendances de l'esprit juridique. Théoriciens et praticiens ont eu dans les diverses civilisations leurs milieux favoris et leurs périodes de prestige. Ils ont raison les uns et les autres, dans une certaine mesure.

Les systèmes théoriques sont préférables au point de vue de l'ordre social et de la sécurité des transactions. Avec eux, on sait à quoi on peut s'attendre du moins par à peu près... Des principes immuables et dégagés par une logique plus ou moins rigoureuse fussent-ils défectueux peuvent éviter à l'individu bien des surprises. A l'inverse, ils peuvent être gênants et entraver plus ou moins la marche des affaires.

Les systèmes pratiques pourraient permettre d'obtenir une plus grande perfection des relations juridiques au point de vue de l'utile et du juste. Ils sont extrêmement dangereux pour la sécurité des affaires et d'ailleurs favorisent l'arbitraire du juge.

Ces avantages et ces inconvénients bien connus depuis bien longtemps empêchent que les systèmes juridiques se fixent d'une façon définitive dans un sens déterminé.

Les situations limites — soumission absolue du juge à un texte pré-existant ; indépendance absolue du juge au moment du procès — se présentent rarement : on peut même dire jamais. En réalité le juge peut toujours par des interprétations subtiles du texte, ou par des appréciations inexactes du fait, se dégager de l'étreinte de la loi. Seulement, si le prestige de la doctrine est grand, il ne le fera que dans des circonstances particulièrement pressantes.

A l'inverse, l'arbitraire pur et régulier n'a jamais existé. Lorsque la loi ne trace aucune règle à un magistrat, il est obligé d'en inventer de lui-même. Même pour les actes qui dépendent de son bon vouloir, tout fonctionnaire se crée une ligne de conduite qu'il suit le plus souvent sans y être obligé.

L'expérience montre que dans tous les domaines les précédents prennent d'eux-mêmes l'autorité de véritables lois. Si le fonctionnaire tient caché les motifs de ses décisions, le Droit n'en existe pas moins, mais il est occulte ; s'il les révèle — et il les révélera tôt ou tard — c'est un Droit prétorien qui vient prendre la place d'un Droit civil absent.

III. — *Théorie et pratique en histoire du Droit.* — Les relations de puissance entre la théorie et la pratique en un instant donné de la vie d'un Droit positif ont un grand intérêt. C'est un des traits par lesquels les systèmes juridiques des divers peuples affirment le plus nettement leur individualité. A ce point de vue particulier, aucune civilisation ne se ressemble et alors que certaines évolutions d'institution sont monotones et banales, ce côté de la technique juridique apparaît dans chaque pays sous des formes nouvelles et originales.

Si l'on veut apprécier le caractère théorique ou pratique d'un milieu, il convient d'observer les distinctions que nous venons de faire entre les fonctions et la méthode et dans la méthode les trois caractères principaux : juridique, d'équité et d'utilité économique.

L'organisation des servitudes urbaines dans les diverses législations peut fournir un exemple assez favorable pour faire une comparaison des différences de technique.

A. — Il est curieux que le Droit romain si profondément étudié à tant d'égards reste encore très énigmatique dans certains éléments de sa technique. On ne saurait nier que sa théorie générale des servitudes prédiales soit essentiellement constructive : le principe que la servitude ne peut exister qu'à la charge d'un fonds et au profit d'un fonds — dont la règle « *servitus in faciendo consistere nequit* » est un des aspects — ne peut être présenté que comme la conséquence logique d'une définition antérieurement posée. On sait que la pratique ne put la maintenir dans son intégralité. La nécessité d'une « *causa perpetua* » qui empêche de créer un droit de puisage dans une citerne ; l'indivisibilité qui empêche un copropriè-

taire d'acquérir un droit de passage à son seul profit, toutes ces idées sont évidemment d'inspiration doctrinale. Et cette définition de Celse : « *Quid aliud sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* » (Fr. 86. L. 16) est d'un philosophe plus que d'un juriste et à plus forte raison d'un praticien.

Ni le formalisme primitif, ni l'esprit conservateur, ni le nationalisme originaire, ni les particularités de l'organisation judiciaire ou de la procédure ne peuvent en rien expliquer l'esprit général qui domine l'ensemble de la théorie des servitudes prédiales romaine. L'influence encore assez mal connue d'une éducation philosophique sur la pensée et la méthode du jurisconsulte romain peut seule en fournir une claire explication. La doctrine romaine ne s'émancipera jamais complètement des règles qu'elle s'est imposées à ses débuts ; mais la raison pratique ne perd pas ses droits et corrige certains excès théoriques de la première heure. Paulus nous en donne un exemple : « *Servitus aquæ ducendæ vel auriendæ nisi ex capite vel ex fonte constitui non potest : hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.* » (Fr. 9. VIII. 3).

B. — On a représenté les jurisconsultes musulmans — du moins certains d'entre eux et les plus populaires — comme des précurseurs des théoriciens de l' « Abus des Droits ». Cela est vrai, jusqu'à un certain point. En présence d'un seul texte sacré, très incomplet au point de vue juridique, mais très riche en préceptes de moralité et d'équité, c'est à ces préceptes qu'ils devaient de préférence s'adresser pour combler les lacunes du Droit. Ainsi, alors que dans beaucoup de législations les traditions coutumières ou l'autorité d'un souverain impose des limitations spéciales et précises au droit de propriété, les jurisconsultes musulmans devaient constituer ces limitations spéciales à l'aide de principes généraux. Ils n'est pas étonnant qu'ils se soient demandés de très bonne heure : Peut-on se servir de ses droits non pour un profit personnel mais pour nuire à autrui ? Peut-on faire chez soi tout ce que l'on veut, au risque de causer au voisin un préjudice insupportable ? Il

est évident qu'on ne peut répondre sans restriction par l'affirmative et qu'on est obligé, pour régler les rapports entre voisins et rendre la vie de ville à peu près supportable, de réglementer l'exercice de la propriété urbaine.

Les jurisconsultes musulmans ne sont pas allés plus loin dans les limitations du droit de propriété qu'on est allé chez les autres peuples. Ils ont suivi d'autres directions d'après d'autres méthodes.

La vie au large dans les steppes ou les campagnes ayant précédé la vie à l'étroit des villes, il est évident que le contact s'est opéré entre groupes familiaux qui avaient l'habitude de faire chez eux ce qu'ils voulaient sans incommoder personne et sans être incommodés par personne. La vie urbaine a fait surgir ces multiples conflits de voisinage pour lesquels « chacun est maître chez soi » formait le Droit commun, et « pourvu que la vie en commun n'en soit pas rendue impossible » servait à justifier les limitations indispensables.

L'habitant des villes risque d'être privé de jour, de soleil, d'air pur et agréable ; il peut être privé de l'intimité de la vie familiale par le fait que les voisins peuvent regarder chez lui. Quel est le plus insupportable ? Pour le musulman, pas d'hésitation, la vie familiale est tout; il renoncera à l'air, au soleil. au jour, pourvu que son intérieur reste fermé à toute indiscrétion. Le byzantin du moyen âge tout au contraire, tient à la vue. La vue de la mer avant tout lui est sacrée ; mais la vue des montagnes, des jardins, des édifices publics, des peintures publiques sont des avantages dont on ne doit pas pouvoir priver ceux qui en jouissent. A l'inverse, il lui est égal que les voisins regardent chez lui. Ce ne peut être que des amateurs de procès ou des êtres bizarres qui pourraient s'en préoccuper. C'est alors à eux de s'arranger pour échapper aux yeux du public.

Les solutions d'Ibn el Qasem et d'Harmenopulos symbolisent parfaitement la vie d'intérieur et la vie de façade. Elles ont eu en architecture une immense influence et ont créé deux grands types de maison d'habitation : construction d'intérieur,

construction de façade. Les peuples musulmans n'ont pas été les seuls à profiter du premier type : les splendides *patios* si nombreux dans les grandes villes de l'Amérique du Sud, en sont une émanation ; les maisons casernes de ces mêmes villes ont toujours souci d'assurer l'intimité de chaque ménage. Ainsi à travers les siècles l'influence bienfaisante des juristes musulmans a su se perpétuer. Mais il est évident qu'entre les deux types de maisons de ville, il fallait choisir et que juridiquement le sacrifice fait par les propriétaires aux exigences de la vie en commun est égal en importance dans l'une ou l'autre solution.

C. — Les rabbins talmudistes ont des traditions d'école et des méthodes d'enseignement scolaire incomparables. L'éducation juridique y est longue, pénible ; l'élève rapporte longtemps la voix de son maître avant d'oser professer sa propre opinion. Le texte révélé directement par la divinité et qu'il faut respecter dans ses plus petits détails est relativement volumineux ; l'interprétation symbolique de la Bible s'ajoute à l'interprétation littérale et positive rendant plus complexe la méthode casuistico-exégétique qui caractérise cette discipline.

Il semble que les grands rabbins ne veuillent créer que des maîtres et non pas des foules de disciples à instruction insuffisante. Aussi — au moins dans les périodes classiques — ne peuvent-ils produire que des ouvrages très approfondis. Ils n'ont pas, ce qu'ont toujours eu les Romains, l'art de résumer, de faire de petits traités à la portée de tous.

Les classifications juridiques hébraïques sont aussi peu commodes que les classifications romaines sont commodes. Le Talmud est une œuvre où les digressions s'enchaînent à d'autres digressions et, pour si plaisantes qu'elles soient, l'ordre et la marche des idées n'en sont pas moins bouleversés.

Le nationalisme rendu plus étroit par la défaite et les persécutions ont aussi empêché les talmudistes de rendre à l'humanité les grands services qu'ils auraient été capables de lui rendre.

Les rabbins du Talmud n'ignoraient pas la pratique; c'étaient des êtres très vivants et dans la complexité de leur argumentation, on peut distinguer le motif très positif de certaines décisions. Et ce motif peut être d'une très belle élégance juridique.

Primus habite un rez-de-chaussée dont il est sans doute propriétaire. Au-dessus de lui, le premier étage appartient à Secundus. La maison s'affaisse de telle sorte que la porte du rez-de-chaussée est presque entièrement bouchée et que son propriétaire a peine à entrer et sortir de chez lui. Il va trouver le propriétaire du premier et ce dialogue s'engage entre eux: Primus: « La maison s'écroule, si nous la reconstruisions. » Secundus: « Je suis très bien chez moi; je ne veux pas faire de dépenses. Pour toi, si ta porte est trop basse, rampe sur le ventre pour entrer chez toi, rampe sur le ventre pour sortir de chez toi. » Primus: « Je reconstruirai toute la maison à mes frais. » Secundus: « Mais pendant ce temps où habiterai-je? » Primus: « Je te fournirai un logement. » Secundus: « Non, je ne veux pas me déranger. Rampe sur le ventre pour entrer chez toi; rampe sur le ventre pour sortir de chez toi. » Et Secundus est dans son droit. Solution bien rigoureuse. Mais... un « mais » de nature juridique corrige la rigueur du principe juridique. Si l'immeuble s'est affaissé, le premier étage n'occupe plus dans l'espace la situation qu'il occupait autrefois; il est tombé dans l'espace qui appartient au propriétaire du rez-de-chaussée. Le récalcitrant n'est plus chez lui, il n'est plus propriétaire, il ne peut plus se montrer intransigeant et tout va s'arranger.

D. — Les exemples que nous venons de donner sont de purs exemples: il ont pour but d'expliquer et non de prouver. Nous n'avons pas l'intention de poursuivre cet examen à travers toutes les législations qui nous sont accessibles. Nous y constaterions que les façons de combiner théorie et pratique sont multiples. Sans doute, la théorie impose souvent des solutions injustifiées et on peut la qualifier à certains égards de tyrannique. Des doctrines trop subtiles et inaccessibles favorisent

l'exploitation des masses par un groupe de savants ou de prétendus savants ; elles apportent le trouble dans la vie juridique ; des doctrines suffisamment simples et claires apportent au monde des affaires sûreté et précision. L'accueil que l'on fit aux compilations justiniennes pendant le cours du moyen âge fut extrêmement varié suivant les pays et les époques. Dans les milieux assez développés pour pouvoir s'y reconnaître, elles apportèrent l'ordre et la justice; dans les milieux incapables de se débrouiller dans cet amas de textes, elles furent considérées comme des prétextes à chicane. Il fallut quelques siècles pour les adapter complètement aux conditions de la vie pratique.

En ce qui concerne les servitudes ce n'est qu'au XVe siècle que Cæpolla écrivit son fameux ouvrage, modèle du genre. Ce grand personnage ne dédaigna pas d'examiner tous les détails de la vie domestique et d'étudier par exemple en détail la construction d'un évier. Tout en appliquant strictement les textes romains, il sait en obtenir des solutions raisonnables, sinon toujours parfaites. Bien des villes ont pendant des siècles reconnu ce traité comme code juridique des constructions. Il est vrai que certains pays coutumiers, pendant le même temps, élaboraient des institutions encore plus satisfaisantes pour régler les rapports de voisinage. Telle la mitoyenneté si avantageuse au point de vue pratique mais à forme juridique assez mal définie. Le code civil français a hérité des conceptions romaines et des conceptions coutumières. Un de ses premiers commentateurs Pardessus, connaissait et utilisait Cæpolla. Son *Traité des servitudes* ne brille pourtant pas par les considérations pratiques. Il a perdu — avec beaucoup d'autres — la raison d'être des articles 678 et 679 (ancien art. 202 de la Coutume de Paris) du dit code civil et en donne une explication bien extraordinaire. N'est-ce pas un phénomène assez curieux que d'avoir perdu pendant longtemps la raison pratique d'une disposition basée uniquement sur des considérations d'utilité pratique? Ne suffit-il pas de bien peu de réflexion pour comprendre que des distances de dix-neuf déci-

mètres et de six décimètres n'ont aucun intérêt en ce qui concerne la « vue » à proprement parler et doivent avoir d'autres buts pratiques ?

E. — De nos jours, deux courants d'idées, intéressants l'un et l'autre, remettent en question les rapports de la théorie et de la pratique. La thèse de « *l'abus du droit* » ou de « *l'abus des droits* » en France ; la thèse du « *freies Recht* » en Allemagne, sans se confondre ont également la tendance à réduire le rôle de la doctrine. Nous n'avons pas à en apprécier le bien-fondé. Historiquement, elles expriment ce mouvement perpétuel d'oscillation entre le besoin d'ordre et de stabilité et le besoin de perfection dans les voies de l'utile et de l'équitable.

LITTÉRATURE SUR LE DROIT ET LA VIE

TALMUD DE BABYLONE. *Sabbath.* X. ij.

Trad. GOLDSCHMIDT. I, p. 533. « Rabh sagt im Namen R. Hijas : Wer am Sabbath einen Gegenstand auf dem Kopf hinausträgt, ist ein Sündopfer schuldig, denn in dieser Weise tragen die Leute von Huçal. Aber bilden denn die Leute von Huçal die Mehrheit der Welt ? Vielmehr, ist dies gelehrt worden, so wird es folgendermassen lauten : Rabh sagt im Namen R. Hijas. Wenn ein Einwohner von Huçal am Sabbath einen Gegenstand auf dem Kopf hinausträgt, so ist er schuldig, denn in dieser Weise tragen die Einwohner seiner Stadt. Aber ihr Brauch sollte doch gegenüber dem aller anderen Menschen keine Bedeutung haben ! »

KANT. *Ueber den Gemeinspruch : Das mag in der Theorie richtig sein.... Kleinere Schriften ed.* KARL VORLÆNDER, p. 70. « Indes ist doch noch eher zu dulden, dass ein Unwissender die Theorie bei seiner vermeintlichen Praxis für unnötig und entbehrlich ausgebe, als dass ein Klügling sie und ihren Wert für die Schule (um etwa nur den Kopf zu üben) einräumt, dabei aber zugleich behauptet : dass es in der Praxis ganz anders laute ; dass, wenn man aus der Schule sich in die Welt begibt, man inne werde, leeren Idealen und philosophischen Träumen nachgegangen zu sein ; mit einem Wort, dass, was in der Theorie sich gut hören lässt, für die Praxis von keiner Gütigkeit sei.... »

Fustel de Coulange. *La Gaule romaine*. 3e éd., p. 175. « Les opinions des hommes en matière de politique sont fort variables. Il y a des temps où le désir général d'un peuple est de se gouverner lui-même; il y en a où son unique désir est d'être gouverné. Pour l'un et pour l'autre ses vœux peuvent être également ardents. En général, il aime le nouveau en proportion de sa haine pour le passé. Or à l'époque qui nous occupe, le passé et ce qu'on pourrait appeler l'ancien régime, était le gouvernement républicain. En Italie et en Grèce, en Gaule et en Espagne, les hommes avaient vécu sous ces institutions durant plusieurs siècles. Ils en étaient venus peu à peu à les haïr.... Comme ils ne savaient pas encore que la monarchie a aussi ses vices et ses dangers, ils se précipitèrent vers elle avec une fougue irréfléchie; ils lui donnèrent leurs cœurs et leurs volontés; ils lui furent reconnaissants de s'être établie sur leur tête; ils l'aimèrent d'un amour fervent et passionné. »

N° 1. « Dion Cassius exprime les pensées de ce temps-là quand il dit : « Le gouvernement prit alors une forme nouvelle, plus » conforme au progrès et à l'intérêt des peuples. » ἡ πολιτεία πρὸς τὸ βέλτιον καὶ πρὸς τὸ σωτηριωδέστερον μετεκοσμήθη. Il ajoute que les hommes ne pouvaient plus trouver leur salut qu'en dehors du régime républicain, παντάπασιν ἀδύνατον ἦν δημοκρατουμένους αὐτοὺς σωθῆναι. » (Dion Cassius, LIII, 19; cf. XLIV, 5; Ammien, XIV, 6; Tertullien, *De pallio*, 1, 2.)

E. Reclus. *Les sacrifices humains dans l'Inde. — Mémoire de la Société d'anthropologie*, t. III, fasc. 1, p. 103. « Les individus passent sur notre globe; ils disparaissent après un séjour éphémère, mais les besoins et les passions qui ont fait vibrer leur être, mais les craintes et les espérances qui ont agité leurs cœurs ont laissé des traces qu'on appelle lois et codes, croyances dogmatiques, contes et légendes; ils ont laissé des us et coutumes, en apparence indéchiffrables, mais qui ont leur raison d'être parfaitement déterminée....

Envisagé de la sorte, le développement continu d'une institution quelconque, même d'un préjugé ou d'une superstition, marque le progrès d'une idée, la mise au clair d'une pensée, l'élargissement d'une faculté. En faisant la synthèse des diverses expressions qu'ont prises la pensée générale et le sentiment populaire, l'ethnologie mènera à bien la grande tâche que, malgré ses hautes prétentions, la philosophie officielle a complètement ratée : à savoir les lois qui ont présidé au développement de l'intelligence. »

F. de Saussure. *Cours de linguistique générale*, publié par C. Bally et autres élèves, p. 227, chapitre IV. L'analogie, § I. Définitions et exemples. « Il résulte de ce qui précède que le phé-

nomène phonétique est un facteur de trouble. Partout où il ne crée pas des alternances, il contribue à relâcher les liens grammaticaux qui unissent les mots entre eux; la somme des formes en est augmentée inutilement; le mécanisme linguistique s'obscurcit et se complique dans la mesure où les irrégularités nées de changements phonétiques l'emportent sur les formes groupées sous des types généraux....

Heureusement l'effet de ces transformations est contrebalancé par l'analogie. C'est d'elle que relèvent toutes les modifications normales de l'aspect extérieur des mots qui ne sont pas de nature phonétique.

L'analogie suppose un modèle et son imitation régulière. *Une forme analogique est une forme faite à l'image d'une ou plusieurs autres d'après une règle déterminée.* »

P. 241. « En fait l'histoire de chaque langue permet de découvrir un fourmillement de faits analogiques accumulés les uns sur les autres, et, pris en bloc, ces continuels remaniements jouent dans l'évolution de la langue un rôle considérable, plus considérable même que celui du changement des sons. »

Georges Sorel. *Introduction à l'économie moderne*, p. 339. *L'ancienne spéculation locale; sa psychologie; ses analogies avec l'esprit féodal.* « Ces spéculateurs de village avaient souvent des aptitudes commerciales tout à fait remarquables et j'en ai connu qui faisaient l'admiration de grands négociants; attachés à leur localité par des liens de famille ou par le goût pour la propriété rurale, parfois aussi par l'orgueil que leur procurait leur puissance, ils exerçaient leurs facultés à combiner des ruses diaboliques en vue d'exploiter les paysans. Leurs victoires leur procuraient autant de satisfaction que peuvent en procurer aux grands spéculateurs américains les plus belles opérations de Bourse. D'ailleurs les uns et les autres, malgré l'énorme disproportion des opérations, appartiennent au même type....

Tous ces gens ne mesurent pas l'importance de leur activité; c'est une mesure tout intérieure qui leur sert....

Nous comprenons aussi pourquoi ces hommes ne peuvent jamais s'arrêter et ont besoin d'une agitation perpétuelle.... »

Henri-F. Secrétan. *La Population et les Mœurs. Avant-Propos.* « La densité croissante ou décroissante des peuples est un élément, peut-être trop négligé, des grandes crises historiques.

N'a-t-on pas le droit de se demander, par exemple, si la chute de l'Empire d'Occident n'a pas eu comme cause prépondérante une diminution graduelle de la population ? »

P. 307. « Le rôle du nombre dans l'histoire n'a peut-être pas assez retenu l'attention des historiens. Le nombre n'a-t-il pas

une influence considérable sur l'organisation politique et les mœurs des populations, sur l'évolution de l'esclavage, sur la marche des civilisations ? Le nombre, quand il est croissant, n'a-t-il pas pour effet l'agrégation naturelle des peuples, l'exaltation de la force collective, avec une tendance à l'égalité des droits ; et, quand il diminue, la tendance à la dissociation des groupements politiques avec la décadence de la vie urbaine, et le retour à la vie agricole avec une exaltation de la vie physique et de l'énergie des individus ? Voilà tout autant de questions que nous n'avons pas résolues, mais qu'il n'était peut-être pas superflu de poser. »

Ch. Gide et Ch. Rist. *Histoire des doctrines économiques.* 1913, p. 580. « La nouvelle école (école de la *Science sociale*) préfère à la méthode des monographies celle de la *classification* qui, pour comprendre les faits, les dispose selon leur enchaînement naturel et tout d'abord cherche leur lien avec le milieu géographique. Ce milieu qui déjà avec Le Play avait une grande importance, en prend une énorme dans l'Ecole de la Science sociale. On y montre, pour ne citer qu'un exemple, comment la configuration du Fjord norvégien, par l'exiguïté des terres cultivables, par la nécessité de la pêche, par les dimensions même de la barque, a créé la constitution familiale, économique et même politique des sociétés anglo-saxonnes ! De même, la grande steppe asiatique a créé un autre type de civilisation qui lui est propre, etc. C'est le matérialisme historique des marxistes qui reparaît ici, sous la forme, plus pittoresque et à notre avis plus suggestive, d'un matérialisme géographique. »

Georges Sorel. *Introduction à l'économie moderne,* p. 319. « On est frappé d'un fait qui peut sembler paradoxal : c'est que les hommes d'affaires aient tant de peine à exposer d'une manière claire et bien complète ce qui a fait l'objet de leur activité ; les écrits consacrés aux effets produits par la spéculation offrent beaucoup d'obscurité. Il semble que ces hommes d'action se trouvent sur une terre inconnue et pleine de précipices quand ils doivent exprimer des idées générales. Ce phénomène si remarquable s'explique facilement quand on réfléchit qu'il manifeste l'opposition existant entre la nature sentimentale et la forte personnalité des spéculateurs, d'une part, et la nature objective de la science, d'autre part ; il y a entre ces deux manières d'agir et de penser une barrière infranchissable. »

Meynial. *Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du droit romain en France aux XIIe et XIIIe siècles. Mélanges* Chabaneau. 1906.

« J'ai déjà signalé... comment l'introduction en France du droit de Justinien aux XIIe et XIIIe siècles, au lieu d'être seulement un

adoucissement aux brutalités, aux grossièretés techniques et à la justice trop sommaire et trop simpliste du droit barbare, avait permis, en même temps, grâce à certaines pratiques détournées dont les plus graves ont été les renonciations, une oppression plus imprévue, plus savante et plus implacable des pauvres gens. C'est contre cette triste exploitation due à la rouerie et à la subtilité des praticiens que se produit dans la doctrine de l'Ecole française, aux XIIIe, XIVe et XVe siècles, un grand mouvement de réaction. Son résultat fut parfois d'écarter l'application du droit romain au profit des Coutumes, d'autres fois, au contraire, de restaurer le droit romain dans son ancien état d'harmonie,..... de restituer à tous et plus spécialement aux plus inexpérimentés ou aux plus faibles, les précieuses protections que le droit romain avait imaginées au profit de l'ignorance et dont la subtilité ou la déloyauté de la pratique avait auparavant obtenu facilement l'abandon. »

E. Rabel. *Origine de la règle : impossibilium nulla obligatio. Mélanges Gérardin.* P. 500. « L'exposé auquel nous nous sommes livré fourmille d'analogies terminologiques et doctrinales communes à la philosophie et à la jurisprudence. Personne, dans ces conditions, n'hésitera à reconnaître que la première a sérieusement influencé la seconde. Dans quelle mesure ? C'est ce qu'il est beaucoup plus délicat de déterminer. A ce propos, j'ai soutenu... que les jurisconsultes n'ont pas été réduits à transporter automatiquement dans leurs constructions juridiques les doctrines acquises par les philosophes. Nous avons tout lieu de croire, il est vrai, que les analogies terminologiques ne se ramènent pas nécessairement à un simple luxe d'expression, décor du langage juridique. Pour s'en convaincre, il suffit de rappeler que, sous l'Empire, les nobles romains, élevés à l'école de la philosophie et de la rhétorique, n'ont certainement pas complètement oublié les notions d'ordre physique et métaphysique qui leur avaient été inculquées. Par la force des choses, leur esprit appliquait ces notions aux constructions juridiques lorsque celles-ci se trouvaient prises au dépourvu en face de ces lacunes du système de droit, que s'en vient combler de tous temps la philosophie populaire. Les mêmes notions étaient du reste utilisées à la formation technique du langage juridique.

On sait d'autre part que si les jurisconsultes romains trouvent dans les idées empruntées à la philosophie des auxiliaires précieux pour leurs constructions juridiques, ils surent aussi les manier avec une maîtrise souveraine. Tout enclins qu'ils étaient à formuler des solutions par trop schématiques, ils n'ont pas négligé l'étude des nécessités pratiques, l'examen des conséquences découlant d'un système donné et le souci des besoins sociaux et économiques. »

Al Chaféy. Al Omm. III, p. 222. *Traduct.* Mahmoud Fathy. *Doctrine de l'abus des droits.* « Quant à ceux qui m'opposent la tradition : Il ne faut pas causer de préjudice ni accomplir des actes dommageables, je leur réponds que c'est là une de ces formules qu'on ne peut interpréter d'une manière sans avoir la possibilité de les interpréter d'une autre. Pour moi, je l'interprète en ce sens que l'on ne doit pas faire supporter au bien d'une personne ce que cette personne ne doit pas supporter... et qu'on ne doit pas empêcher une personne de prendre ce qui lui appartient, car chacun doit ce qu'il doit et a ce qu'il a. »

« A ceux qui me disent : Etablissez-nous relativement aux biens des hommes, des principes en parfaite harmonie avec leur intérêt, je réponds : Quelle plaisanterie ! Avez-vous vu qu'un homme possédant une infime parcelle de terrain, qui ne vaut qu'un dinar ou deux, perdue au milieu des champs d'un riche, soit obligé de céder à ce dernier un passage sur son terrain, alors même que ce riche lui offrirait tout ce qu'il désire ? »

Ibn al Qasem, 719-806. *El moda ouanah. Traduction* Mahmoud Fathy. *Doctrine de l'abus des droits en droit musulman*, p. 197. «Vois-tu, si le voisin, sans avoir pratiqué d'ouverture dans ses murs a élevé sa construction de telle sorte qu'elle me prive ainsi du soleil qui pénétrait auparavant chez moi, et de la brise, qui avant les travaux rafraîchissait mon habitation, vois-tu que j'aie le droit de l'empêcher de surélever sa construction, si cela me prive de l'un de ces avantages ? » — « Non, répond Ibn al Qasem, on ne peut pas l'empêcher de construire pour ces raisons. Mais on l'empêchera s'il veut pratiquer des ouvertures qui le mettent à même de voir ce qui se passe chez toi. C'est cela qui lui est interdit, et c'est alors qu'on doit lui dire : « Bouche-les. »

Harmenopuli. *Hexabiblos.* Reitzii. *lat. translat correct.* Heimbach. Lib. II, Tit. IV, c. 46. « *De prospectu.* In hac felici urbe prospectui vicini si quis duodecim tantummodo pedes exigat ita ne quis prohibeatur ex directo mare videre stans aut sedens in sua domo, neque coactus in obliquum se vertere ad videndum mare. »

L. II, Tit. IV, c. 50. « *De aspectu in ædes alienas.* Nonnulli litium amantes atque invidi eos, qui ædificant domos et sic in vicinorum ædes despecturi sunt, prohibere conantur : sed neque legibus cautum est, neque sane ex vetustis ædificiis deprehendimus veteres hanc existimasse injuriam : videmus enim cunctas propemodum domos in se mutuo despectare, nec ulla majores tenebat invidia : unde et nos despectationis incommodum nihil pendimus. Unusquisque igitur, qui hoc putat esse incommodum, ædificanti quidem ignoscat, sed ipse suas communiat ædes, et curet, ne despectari possint, sive per apertos, ut vocant, cancellos

sive per vela, vel prout ipsi libuerit : neque enim æquum est, ut quis propter alterius incommodum sua communiat. »

TALMUD DE BABYLONE. *Baba Bathra*, I, 4. *Traduction* GOLDSCHMIDT, t. VI, p. 938. « Einst waren zwei Leute, die zusammen wohnten, einer wohnte im Obergeschoss und der andere wohnte im Erdgeschoss und das Erdgeschoss senkte sich. Da sprach der andere [zum ersten] : Wollen wir [das Haus] nieder reissen und neu bauen. Dieser erwiderte : Ich wohne bequem ; wenn du nicht bequem wohnst, so grabe eine Vertiefung in den Boden, [oder] krieche auf den Bauch und gehe hinein, krieche auf den Bauch und gehe hinaus. Jener sprach : So will ich es niederreissen und neu bauen. Dieser erwiderte : Ich habe dann keinen Raum zu wohnen. Jener sprach : Ich will dir einen Raum mieten. Dieser erwiderte : Ich will mich nicht bemühen. — Ich kann da nicht wohnen — Krieche auf den Bauch und gehe hinein, krieche aut den Bauch und gehe hinaus. Hierauf sprach R. Hama : Er hindert dies mit Recht. Dies jedoch nur, wenn die Balken sich nicht bis unter zehn [Handbreiten] gesenkt haben, wenn sich aber die Balken unter zehn [Handbreiten] gesenkt haben, so kann er sagen : der Raum unter zehn Handbreiten gehört mir und du hast kein Anrecht darauf. »

BARTHOLOMEUS CŒPOLLA. *Tractatus de servitutibus*. Ch. LXVI. *De Seclario*. « Seclarium quinque habet partes. Prima est lapis sive lignum super quo lavatur supellex. Altera est similiter alius lapis vel lignum desuper in quo pendent situlœ, et his similia, ac etiam supellectilia coquinæ ponuntur. Tertia pars est foramen per quod aqua descendit. Quarta est fovea, ad quam aquæ et ceteræ immunditiae discurrunt. Quinta est quandoque camera, in qua statur ad lavandum. »

PARDESSUS. *Traité des servitudes*. § 2l 3.

« Le droit de regarder hors de l'édifice qu'on habite est une conséquence de la propriété ; mais il faut que le point sur lequel il s'exerce immédiatement soit un objet dont nous soyons propriétaires, ou un lieu destiné par sa nature a l'usage de tous les citoyens. »

TOULLIER. *Le Droit civil français*. T. II, p. 234, n° 4.

« Remarquez la singulière conséquence qui résulte de notre législation. Le jardin de mon voisin n'est séparé du mien que par un fossé ; j'y vois librement ce qui s'y passe de tous les points de mon jardin, sauf à lui à élever un mur ou autres clôtures qui empêchent la vue. Je bâtis un mur de clôture ; je ne pourrai ouvrir une fenêtre, sauf à lui à l'obstruer par un autre mur, quoique par cette fenêtre, au lieu d'étendre la vue naturelle que j'avais

auparavant sur le voisin, je l'aie extrêmement limitée en la bornant à un seul point. »

Hermanopouli. *Hexabiblos*, l. II, tit. IV, c. 33.

« Si cæcus sit paries adversus alium, fenestras prospectivas habentem, et dominus parietis cœci fenestras luciferas aperire velit, ei hoc facere liceat ad distentiam trium cubitorum cum semisse a pavimento ac solo suarum ædium. Quod si prospectivas aperire volet si quidem ab adversa domo pedibus viginti distat, eas faciat. hæc enim distentia sufficit, ut ne per sermones sibi mutuo insidientur aut alter alterius inquilinos corrumpat. »

Lambert. *Préface à l'ouvrage de* Mahmoud Fathy. *Doctrine de l'abus des Droits en Droit Musulman*, p. LVII. « La différence fondamentale entre les deux méthodes se ramène donc en dernière analyse non pas à un jugement des actes selon les apparences et le jugement selon les intentions, mais à une opposition, à une appréciation des faits juridiques d'après leur qualification légale et l'appréciation d'après leur résultat, entre l'appréciation faite d'avance et abstraitement et l'appréciation faite après coup et concrètement. »

Josserand. *Abus des droits*, p. 45.

« Le jour où le juge renoncerait à être dans une certaine mesure un censeur, à pénétrer la moralité des procès qui lui sont soumis et à appliquer le droit au travers de sa conscience qui n'est elle-même que le reflet de la conscience collective, c'est-à-dire des mœurs; où il accepterait comme principe directeur que les moyens justifient la fin, c'en serait fait du droit lui-même qui puise toute sa vitalité dans le sentiment collectif, et qui, séparé, isolé de la morale, deviendrait tout simplement odieux, sans compter qu'il perdrait toute raison d'être et toute utilité. »

Ernst Fuchs. *Juristischer Kulturkampf*.

P. 23. « Mit Begriffen und aus Begriffen kann man genau so gut und genau so wenig Wahrheit und Recht finden, als man damit Häuser bauen oder Krankheiten heilen oder Schuhe sohlen kann. Die gelehrte Jurisprudenz sieht dies noch nicht ein und das zeigt besser, als alles andere, dass sie sich vergeblich gegen den Vorwurf wehrt, sie sei weltfremd. »

P. 311. « Der Gesetzgeber ist so klug einzusehen, es kann unmöglich das reiche Leben unter einige Begriffe gespannt werden: « das kann ich nicht, deshalb sage ich dir : Richter du lässt dir nichts befehlen, durch keinerlei Konstruktionen, zunächst suchst du die richtigen Ergebnisse indem du die wirtschaftlichen, sozialen u. s. w. Verhältnisse erforschest... »

Bozi. *Weltanschauung der Jurisprudenz*, p. 226. « Als ich im Jahre 1896 den Vorschlag machte, den Gerichtsassessoren während ihrer Wartezeit Gelegenheit zur Umschau in industriellen und kaufmännischen Betrieben zu geben, schrieb die Frankfurter Zeitung mit der Behauptung, dass viele Richter zu wenig im Leben stände, sei der Kern aller Ausstellungen getroffen, wer dem aber dadurch abhelfen wolle, dass er die Assessoren auf einige Monate ins Bankgeschäft schicke, verrate selbst einen Mangel an praktischer Erfahrung. Viele Kenner des Handelslebens werden mir aber darin Recht geben, dass Leute mit der Vorbildung eines Gerichtsassessors auch in verhältnismässig kurzer Zeit eine Vorstellung davon gewinnen können, wie das Geschäftsleben sich den Tatsachen einerseits und den Prinzipien andererseits gegenüberstellt... »

Emge. *Ueber das Grunddogma des rechtsphilosophischen Relativismus.*

P. 7. « Jellinek hat eben immer die soziologischen Vorgänge im Auge, die historische Tatsache, dass Macht vor Recht geht. So können es auch nur die faktischen Machtverhältnisse sein, die in Wirklichkeit die Lücken ausfüllen. Die Rechtswissenschaft kann sich ja nachträglich an die scherzhafte Aufgabe machen, das Geschehene zu rationalisieren. Man vergleiche hiermit die Theorie Radbruchs, dass die Geschlossenheit der Rechtsordnung eine « apriorische Notwendigkeit » jedes rechtlichen Ordnens sei, dass es keinen rechtsleeren Raum geben könne. Allerdings ist auch Radbruch von soziologischen Vorurteilen nicht ganz frei. Er will z. B. wie Jellinek die dogmatische Rechtsbetrachtung auf die Gegenwart beschränken, eine Ansicht, die auch im grossen und ganzen die Zustimmung Kantorowiczs findet. — Sodann die Stellung gegenüber der « Freirechtsidee ». Radbruch lässt die freie Auslegung nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung zu, wie sie z. B. in § 1. des Schweizer Zivilgesetzbuchs enthalten ist. Er schiebt, damit das Problem zurück, denn es ist nun die neue Frage, wie denn die ermächtigende Bestimmung auszulegen sei. Kantorowicz... muss als ihr unbedingter Vertreter gelten. Ihm wird unter der Hand die richtige Erkentniss, dass jede rechtliche Entscheidung von persönlichen Werturteilen beeinflusst ist, zu einer freirechtlichen Auffassung über die « Idee » einer solchen Entscheidung.

LIVRE III

Le Déterminisme.

CHAPITRE PREMIER

Le Déterminisme et la notion de loi.

Bibliographie. — Buridan, *Questiones in X libros Ethicorum Aristotelis,* 1489; — Malebranche, *Œuvres complètes*, éd. Jules Simon, 1846; — King, *De origine mali,* 1702; — Bayle, *Cogitationes rationales de Deo anima, et malo,* 1680; — Abbé Plouquet, *Examen du fatalisme,* 1757; — Schopenhauer, *Ueber die Freiheit des Willens;* — Herbart, *Briefe zur Lehre der Freiheit des menschlichen Willens,* 1836; — Franck, *Dictionnaire des sciences philosophiques;* — Windelband, *Lehrbuch der Geschichte der Philosophie,* 1912.

Boutroux, *La contingence des lois de la nature; L'idée de loi naturelle dans la science et la philosophie contemporaine;* — Fouillée, *Liberté et déterminisme;* — Gourd, *Le Phénomène;* — Guyau, *Morale d'Epicure; Morale anglaise contemporaine;* — A. Cros, *La métaphysique de Taine;* — Naville, *Le libre Arbitre.*

Comte, *Cours de philosophie positive;* — Finck, *La notion de la loi chez Comte;* — Tarde, *Les lois sociales;* — Bagehot, *Lois scientifiques du développement des nations;* — G. de Greefe, *Les lois sociologiques;* — Vierkandt, *Die Stetigkeit im Kulturwandel;* — Kidd, *Le due leggi fondamentali della sociologgia* (*Rivista di scienza,* 1907); — Limentani, *La previzione dei fatti sociali,* 1907; — Xenopol, *Le leggi dell'evoluzione sociale.* (*Riv. ital. di sociol.* XIII, p. 141); — Brissaud, *Manuel d'Histoire du Droit français. Préface;* — Wahrschauer, *Versuch einer Rechtsenergetik* (*Arch. f. R. u. Wirt. Phil.*, X, 352); — Noé, *Recherches sur la vie oscillante.*

Paulhan, *La volonté;* — Payot, *L'éducation de la volonté;* — Lapie, *Logique de la volonté;* Bertrand, *La psychologie de l'effort.*

§ 1. — **Le déterminisme et la notion de loi.** — On a donné du déterminisme la définition suivante : « Doctrine d'après laquelle tout phénomène est déterminé par les circonstances dans lesquelles il se produit, de sorte que, un état de choses étant donné, l'état de chose qui le suit en résulte nécessairement. » (Goblot. *Vocabulaire philosophique*).

Ainsi défini le déterminisme ne se distingue pas du causalisme. Il n'affirme pas l'existence de répétitions quelconques des mêmes phénomènes ni par suite d'aucune espèce de lois. Il ne nie pas le hasard et ne nie que vaguement la liberté humaine. Aussi les philosophes déterministes ne s'en sont pas tenus au développement de cette formule. Ils y ont ajouté beaucoup d'autres affirmations qui n'en sont pas la conséquence nécessaire. Pour donner une idée de leurs doctrines, Goblot est obligé d'ajouter de suite : « ...Les déterministes ne parlent que d'une nécessité *immanente*, qui se confond avec la nature. Le déterminisme n'est autre chose que le principe de l'universalité des lois naturelles : il n'y a pas de contingence, pas de hasard ; ou encore : il n'y a pas dans la nature de cause première ni de commencement absolu. »

En fait, l'esprit déterministe va beaucoup plus loin ; il affirme que les lois naturelles sont dans tous les domaines logiquement et pratiquement connaissables. Il se hasarde jusqu'à prétendre en connaître déjà quelques-unes et formule en histoire certaines maximes qui ont des prétentions à la généralité ou même à l'universalité.

D'ailleurs, comme tous les mots à prestige, le mot « déterminisme » se rencontre un peu partout avec des sens divers et flottants. Le réduire à son sens étymologique serait en méconnaître le rôle historique ; sans s'attarder à une discussion de simple terminologie, il est peut-être préférable d'analyser rapidement les principales idées auxquelles il a servi d'étiquette et qui sont loin de toujours s'accorder parfaitement.

Ces idées peuvent être ramenées à deux éléments :

1° L'affirmation de la *détermination* générale qui écarte certaines formes anciennes des croyances humaines.

2° La tentative d'utiliser cette détermination pour augmenter les connaissances humaines par la notion de *loi*.

I. — *Déterminisme et détermination.* — Le déterminisme sous sa forme actuelle pose comme premier principe la nécessité universelle et rigoureuse de tous les phénomènes présents, passés et futurs qui ne peuvent pas ne pas se produire exactement comme ils se sont produits, se produisent ou se produiront. Tout est également déterminé avec la même rigueur. Aucun déterministe ne contestera ce principe. Mais la psychologie humaine s'accommoderait tout autant d'une détermination plus flottante et qui laisserait la nécessité agir avec la réalité comme le chat avec la souris. Elle finirait toujours en fin de compte par la croquer forcément, mais pourrait s'amuser à la laisser courir à droite et à gauche. Cette conception vulgaire du déterminisme autrefois assez répandue n'est peut-être pas absolument étrangère à certains savants modernes qui, inconsciemment, n'attribuent pas toujours le même degré de détermination à tous les phénomènes.

La détermination étant considérée comme universelle est aussi rigoureuse chez les êtres vivants que chez les êtres inanimés. Elle y est évidemment moins saisissable, mais si on admet le principe, elle ne saurait y être moins rigoureuse.

Elle est éternelle, car il n'y a aucune raison pour la faire intervenir à un moment et non à un autre. Ainsi tous les phénomènes du passé, du présent et de l'avenir ont été éternellement donnés et auraient été éternellement connus d'une intelligence omnisciente.

Cette explication philosophique de l'univers dépasse évidemment les bornes de l'expérience et plonge dans la métaphysique. Sans doute, l'expérience en faisant constater de multiples déterminations, a beaucoup contribué à répandre la croyance à la détermination universelle. Mais ainsi généralisée, elle a besoin d'une base nouvelle qui ne saurait être que de nature logique et métaphysique.

Or, métaphysiquement et logiquement, la détermination universelle peut se présenter sous trois aspects :

1° Sous forme transcendentale. Une volonté suprême créatrice du monde en aurait de toute éternité fixé les destinées. La naissance de tout être vivant, les détails de son existence, le cours de l'histoire étant des manifestations de la volonté divine, auraient leur vraie raison d'être dans cette volonté. L'enchaînement des phénomènes entre eux ne serait que l'apparence de la nécessité universelle. Tel est le fatalisme ou déterminisme religieux.

2° Sous forme panthéiste ou immanente. Elle est alors l'expression de la nature et des destinées de l'univers confondues avec la divinité même. Le monde se crée et se développe vers certaines directions inconnues et la nécessité universelle résulte de la réalisation du monde tel qu'il doit se réaliser. Ici encore, la succession des phénomènes ne nous révèle pas la vraie raison pour laquelle ils se sont produits et ne pouvaient se produire autrement.

3e Sous forme purement causale. Un état de choses donné s'explique complètement et uniquement par un état de choses antérieur et doit forcément produire tel état de choses postérieur. Le déterminisme est alors uniquement l'enchaînement des causes et des effets, sans qu'aucune force cachée ou supérieure dirige cette succession de phénomènes. La nécessité universelle est tout entière dans cette succession.

Le déterminisme causal peut seul être dit déterminisme scientifique, non pas qu'il constitue une doctrine philosophique scientifiquement établie, mais parce qu'il est l'hypothèse nécessaire à la constitution de la science. En tant que doctrines, les trois doctrines sont également métaphysiques, c'est-à-dire hypothétiques. Pour si opposées qu'elles puissent paraître elles ont influé considérablement les unes sur les autres dans le cours de l'histoire philosophique.

Le déterminisme scientifique implique que l'enchaînement des causes et des effets explique tout ce qui se passe, s'est passé ou se passera en ce monde. Comme conséquence, il nie le miracle et la liberté psychologique.

A. — Le Miracle. — Le miracle est l'intervention d'une

puissance supérieure à un moment quelconque de l'histoire de l'univers qui modifie pour si peu que ce soit les phénomènes tels qu'ils doivent se produire naturellement. C'est donc, si l'on veut, la participation du surnaturel à l'existence. Dans la psychologie humaine l'exclusion du miracle a, jusqu'à un certain point, sa raison d'être dans l'expérience. Très enclin à ses origines à tout expliquer par l'intervention de forces supérieures, l'homme, au fur et à mesure de son développement scientifique, s'est aperçu que les phénomènes les plus impressionnants et les plus extraordinaires se laissaient ramener à des causes assez simples. Par une généralisation très compréhensible mais imparfaite au point de vue de la logique pure, un grand nombre d'esprits en ont conclu depuis bien longtemps à l'impossibilité du miracle.

Quelques savants sont même allés plus loin et ont voulu tout expliquer non par l'enchaînement des causes et des effets tels qu'ils existent, mais par les causes telles qu'ils les connaissaient et ont nié les faits qui leur paraissaient inexplicables. Ainsi les faits d'hypnotisme ont-ils été longtemps formellement contestés au nom d'un déterminisme mal compris. De nos jours on ne commettrait plus pareille faute. On ne saurait nier aucun fait parce qu'il serait mystérieux, déconcertant, incompréhensible ; on peut en douter tant qu'il n'est pas constaté avec certitude.

B. — La Liberté. — Pour le déterministe l'intervention indéterminative, qui ne saurait émaner d'un pouvoir supérieur, ne saurait provenir ni de l'être vivant, ni de l'être vivant et raisonnable. L'être vivant est pris dans la chaîne des causes et des effets dont il est un anneau comme un autre. Son action dépend de l'ensemble des mobiles et des motifs qui pèsent sur lui et le contraignent à faire ce qu'il fait et non autre chose.

L'expérience montre que l'animal supérieur, l'homme, est dans son ensemble d'une mentalité extrêmement docile et que, sauf lorsqu'on se heurte à un Hamlet, il est plus facile de jouer du cerveau humain que de la flûte. Mais cela ne prouve pas grand'chose ; ce n'est peut-être qu'une apparence.

Nous ne savons pas ce qui se passe au fond des cerveaux. Dans la plus humble docilité, il peut y avoir un élément de liberté. La constatation des motifs, des mobiles et de la constitution cérébrale d'un être humain n'expliquerait pas l'acte de décision dont le mécanisme nous est inconnu.

Mais précisément parce que le mécanisme est inconnu, la volonté n'est pas un élément de psychologie positive. Comme les phénomènes de la pensée ne sont connus que partiellement, la notion de liberté peut légitimement représenter cette portion de la vie, de l'individualité et de la subjectivité qui nous est inconnue et qui forcément intervient dans l'existence au même titre que les éléments connus.

Des miracles absolus et une liberté absolue détruiraient la détermination universelle ; mais des miracles relatifs et une liberté relative à l'état de nos connaissances ne lui portent aucune atteinte et en sont même la conséquence logique.

II. — *La notion de « loi ».* — Supposons une intelligence omnisciente placée à un instant quelconque dans le cours des temps. Ayant sous les yeux le tableau de l'univers et pouvant calculer toutes les séries de combinaisons de causes et d'effets, elle verrait se dérouler devant ses yeux à l'infini les tableaux les plus détaillés de l'histoire. Elle connaîtrait la réalisation universelle. Mais la connaissance de la réalisation universelle présuppose la connaissance de la causalité universelle. Or ces deux branches du savoir infini qu'il nous est impossible d'atteindre, mais qu'il est possible d'imaginer et de prendre comme direction ne se confondent pas.

La causalité universelle est l'ensemble de tous les rapports que toutes les choses et toutes les combinaisons de choses peuvent avoir entre elles. On définit généralement la loi par l'expression « un rapport constant entre deux choses ». Mais tous les rapports sont constants si les choses sont identiques et placées dans des conditions identiques. De telle sorte que le mot « loi » signifie tout simplement « rapport entre deux ou plusieurs choses », ce qui nous ramène purement et simplement à la notion de cause et d'effet.

On ne connaît pas avec précision le mécanisme des actions

que les choses ont les unes sur les autres. On y distingue toutefois la distance et l'affinité. A un certain degré d'éloignement, les choses s'ignorent; l'existence de l'une n'est pas modifiée par l'existence de l'autre. D'autre part, certaines choses restent étrangères tout en étant très rapprochées, parce qu'elles n'ont pas d'affinité ; tandis que le contact entre certains corps bouleverse rapidement les caractères des uns et des autres.

La connaissance de toutes les affinités que chacune des choses et chaque combinaison de choses pourrait avoir avec toutes les autres choses et combinaisons de choses si elles entraient en contact serait celle de la causalité universelle.

La connaissance des contacts qui étant donné un instant de l'univers pourront se produire effectivement serait celle de la réalisation universelle.

On donne le nom de « lois » aux généralisations permettant à l'intelligence humaine d'atteindre, dans une certaine mesure, la causalité universelle et la réalisation universelle. Quelles en sont les valeurs logiques ?

A. — Lois hypothétiques. — Toute loi hypothétique se ramène à la forme : « Si A est donné, B en résulte nécessairement. » A est une notion complexe et représente la mise en contact de *a* et de *b*. La loi est hypothétique car elle n'affirme en rien que A se réalisera ou même puisse se réaliser. La fréquence de réalisation ne touche en rien à la valeur de la loi ; elle affirme la constance de l'affinité entre *a* et *b* exprimée par B. Si la constatation de cette affinité est juste sa généralité est certaine à deux conditions que l'on peut d'ailleurs considérer comme impliquées dans la formule même.

1° — Pour produire nécessairement B, le phénomène A devra se répéter sous une forme toujours absolument identique. Ses éléments *a*, *b* et leur mode de mise en contact doivent toujours être les mêmes. Si leur identité n'était pas absolue, on ne saurait s'attendre à la reproduction du phénomène B. C'est pourquoi les lois hypothétiques, vraies

dans tous les domaines, seront plus difficiles à constater dans le domaine des sciences morales et sociales. Car les notions simples et toujours identiques à elles-mêmes y sont très difficiles à dégager et on court le danger de se contenter d'une identité verbale au lieu d'une identité de nature. Les notions « propriété », « mariage », « succession », par exemple, peuvent correspondre à des faits peu semblables ; il faudra par suite beaucoup de prudence et d'observation avant de dégager quels rapports nécessaires peuvent exister entre un phénomène de ce genre et un autre phénomène juridique ou extra-juridique.

2° — Pour produire nécessairement B, le phénomène A doit se trouver dans un certain isolement, autrement dit, il ne doit pas rencontrer d'obstacle. L'intervention d'un autre phénomène pourrait paralyser l'affinité de *a* et de *b* ou en modifier la puissance. Les obstacles peuvent annuler complètement l'affinité et empêcher complètement l'effet, ainsi de l'eau que l'on jetterait sur de la poudre pourrait l'empêcher de s'enflammer ; ils peuvent s'unir avec le phénomène primitif de façon à produire un effet de combinaison qui rappellera plus ou moins l'effet régulier.

Plusieurs facteurs intervenant simultanément dans le même phénomène jouent le rôle d'obstacles les uns par rapport aux autres et rendent par suite le calcul de l'effet plus complexe et parfois même impossible à effectuer.

Les lois hypothétiques sont infinies. Car toutes les choses et toutes les combinaisons de choses seraient dans un certain rapport si elles entraient en contact. Mais comme beaucoup de choses n'entreront jamais en contact, ces rapports ne se réaliseront pas et resteront toujours inconnus.

Les lois hypothétiques sont donc des possibilités et non des réalités.

B. — *Lois historiques ou de réalisation simples.* — La loi de réalisation peut se formuler ainsi : « A tel moment A se produira nécessairement et sera nécessairement suivi de B. » Pour un esprit omniscient, il existerait des lois de cette nature

dans tous les domaines, en nombre infini. C'est une conséquence forcée du principe de la détermination universelle. Dans tous les domaines, où l'esprit humain peut calculer toutes les affinités entre les choses, isoler des zones d'influence totalement ou à peu près formées et à l'abri de tout obstacle, il peut se permettre de formuler des lois de cette nature. L'astronomie est le type le plus parfait de la science comprenant des lois de réalisation.

Il est, au contraire, d'autres domaines où vouloir effectuer un calcul de réalisation serait absolument chimérique, par le fait qu'ils sont ouverts à tous les obstacles de toute nature. Ainsi un phénomène psychologique donné se réalisera-t-il à tel moment donné ? Nous savons que le fait A produit toujours dans l'esprit humain l'impression B. Nous savons que demain à telle heure le fait A se produira devant un certain individu ; pouvons-nous en conclure nécessairement à la réalisation de l'impression B ?

Le phénomène A se décompose lui-même en deux éléments :

a) Un être humain doué d'un certain état psychologique, devant lequel un certain événement doit se réaliser ;

b) Un événement qui doit présenter certains caractères déterminés.

Pour qu'il soit certain que le contact de *a* et *b* produira B, il faut être certain de l'identité de *a* et *b* tels qu'ils sont conçus dans la loi et de *a* et de *b* tels qu'ils se produiront. Mais la connaissance de cette identité présuppose la connaissance d'un nombre infini d'éléments de toute nature. Car un certain état psychologique présuppose un certain état physiologique, qui présuppose à son tour la réalisation de faits d'ordre biologique, chimique, physique, météorologique, astronomique etc....

Admettons qu'une telle étude soit possible et que l'on puisse arriver à la certitude que le A qui se réalisera demain est identique au A contenu dans la loi hypothétique « A produit B », c'est-à-dire que *a* et *b* seront de nature identique à

ce qu'ils doivent être et seront mis en contact au moment voulu, nous ne pouvons pas affirmer que B se réalisera, car un phénomène C intervenant au moment de la mise en contact pourrait annuler ou modifier le résultat et donner par exemple B′.

Nous conclurons donc : Toute loi historique ou de réalisation s'appuie sur une loi hypothétique ou d'affinité.

Toute loi historique et de réalisation est juste si elle peut établir :

1° l'identité parfaite des éléments réalisés ou à réaliser avec les éléments de la loi hypothétique sur laquelle elle s'appuie ;

2° l'impossibilité de l'intervention d'un obstacle.

C. — *Lois de réalisations combinées.* — Lorsque les conditions que nous venons de poser sont réalisées — mais seulement alors — l'esprit humain a passé de la connaissance des affinités des choses à la prévision de la réalisation de ces choses. Il est déjà bien joli de pouvoir affirmer que tel fait se produira de telle façon, à un moment donné, et cela nécessairement. Mais la certitude de la réalisation d'un fait isolé n'aurait pas une importance pratique bien considérable, et la loi de réalisation simple nécessite un calcul indépendant pour chaque fait proprement dit.

L'ambition humaine a été de trouver mieux et de pénétrer dans la connaissance de l'avenir avec plus de facilité. Elle a essayé de découvrir des séries de causes et d'effets susceptibles de se reproduire indéfiniment sous les mêmes formes de telle sorte que la constatation d'un fait permît immédiatement de prévoir un nombre de faits plus ou moins considérable. Bien des savants, surtout dans le domaine des sciences sociales, font et ont fait appel à des lois de ce genre sans d'ailleurs en indiquer le mécanisme, sans en justifier la valeur logique.

Nous allons indiquer quelques formes de lois de réalisations combinées, auxquelles nous sommes obligés de donner un nom, ne leur en connaissant pas.

1° — Soit A, décomposable en *a*, *b*, doit produire nécessairement B, décomposable en *b*, *c*, qui à son tour doit nécessairement produire C ou *c*, *d*, qui à son tour produira D ou *d*, *e*, etc., jusqu'à Z.

La seule connaissance de A nous fera prévoir la réalisation nécessaire de Z et de tous les phénomènes intermédiaires, pourvu, bien entendu, qu'il y ait identité parfaite d'éléments causaux et absence d'obstacle.

2° — Il pourrait y avoir mieux. Si on croit découvrir que Z équivaut à *z*, *a* et doit ramener A une seconde fois, qui ramènerait B, qui ramènerait C, etc., tous les phénomènes se recréant les uns les autres alternativement et régulièrement, nous aurions ainsi une sorte de circuit fermé dont la répétition indéfinie permettrait de prévoir un nombre indéfini de phénomènes.

3° — On pourrait encore imaginer que Z n'équivaut pas à *z a*, mais à *z à* et donnera A′, phénomène identique à A, mais s'élevant sur un plan supérieur — c'est-à-dire supérieur par un caractère précis et constant. — A′ donnera B′, qui donnera C′, etc., et nous aurons ainsi le développement en hélice, cher à quelques grands penseurs.

4° — Les mouvements d'oscillation ou changements alternatifs en sens opposés sont plus complexes dans leur mécanisme ; ils supposent la combinaison de plusieurs forces. D'ailleurs s'ils se manifestent de la même façon, les mouvements d'oscillation peuvent être provoqués par des procédés très divers. L'oscillation du pendule due à la force acquise, n'a pas la même raison d'être que l'oscillation du balancier d'une pendule, qui fonctionne comme régulateur de la force du ressort. On pourrait obtenir un mouvement continu d'oscillation entre deux points A et B par la transformation de la force attractive en force répulsive, de telle sorte qu'un corps placé entre eux deux serait attiré par B dès qu'il aurait pris contact avec A et attiré par A des qu'il aurait pris contact avec B. Ce ne serait peut-être pas le plus rare dans le domaine psychologique.

§ 2. — **Le déterminisme et la notion de loi dans la formation du Droit.** — La formation du Droit comme tout fait historique est prédéterminé par l'ensemble des causes et des effets. Une intelligence omnisciente pourrait à un instant quelconque prévoir le déroulement indéfini des phénomènes juridiques comme de tout autre phénomène. L'ambition de l'homme est de devenir cette intelligence omnisciente, mais il est loin de s'en rapprocher encore. Il est louable de la prendre comme point de direction. Mais il ne faut pas que nous nous figurions lui ressembler plus que nous lui ressemblons. Mesurer la portée de nos moyens de connaissance est la première condi-on du progrès.

Il est certain que l'on peut découvrir entre les divers phénomènes juridiques ou entre les phénomènes juridiques et certains phénomènes extra-juridiques des lois hypothétiques, que nous préférerions appeler des rapports d'affinités. Il y a entre certaines formes successorales et certains régimes matrimoniaux des rapports de cette nature, par exemple. Ces rapports d'affinités en vertu desquels deux concepts juridiques étant mis en contact donneront nécessairement tel résultat prévu — lorsqu'aucun obstacle n'interviendra — sont même infinis. Il convient pour la compréhension de l'histoire de relever ceux dont la réalisation a été la plus fréquente, sans oublier que la fréquence dans la réalisation ne saurait leur faire perdre le caractère hypothétique que la logique leur impose. Mais ces ois hypothétiques ne font qu'établir des rapports de cause à effet et se ramènent au causalisme.

Quant aux lois de réalisation, elles sont totalement impossibles à formuler logiquement pour la double raison que l'identité de deux phénomènes sociaux ne peut être affirmée qu'approximativement et que les mises en contact peuvent toujours être traversées d'obstacles. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer tour à tour le renouvellement incessant du personnel humain, d'autre part la multiplicité des facteurs créateurs du Droit jouant le rôle d'obstacles les uns à l'égard des autres.

I. — *Renouvellement du personnel humain.* — Le principe « rien ne se perd, rien ne se crée », vrai dans le monde matériel et physique, est faux pour les corps vivants et devient de plus en plus faux à mesure que l'on s'élève dans le monde de la pensée. La mort est incontestablement une destruction, destruction de vie, d'individualité et de pensée. Cette destruction n'est peut-être pas absolue : matériellement, on peut dire que la force vitale et intellectuelle s'est décomposée en d'autres modes de mouvement ; spirituellement, on peut espérer une certaine survivance de l'âme individuelle. Mais pour le monde où nous vivons, pour le monde de la pensée, les êtres morts ont bien disparu ; leur force intellectuelle est brusquement supprimée. A chaque mort, le monde devient autre. « La terre fut pis en cet an », disait un vieux poète français, pour déplorer la mort d'un autre poète de talent, et cette expression était fort bien trouvée.

Or la mort frappe chaque individu dans un ordre qui nous est complètement impossible de prévoir. En prolongeant certaines existences et en détruisant d'autres prématurément, elle forme le milieu où seul peut se développer toute activité intellectuelle.

De nouvelles vies viennent continuellement remplacer celles qui s'éteignent, sans jamais leur ressembler complètement. Ces êtres nouveaux, il est impossible de les prévoir. Les lois de l'hérédité sont fort peu connues, même chez les êtres les plus simples. Le double jeu des naissances et des morts produit la pensée à chaque instant de l'histoire. Comment pourrions-nous soumettre ce monde, dont les causes sont totalement inaccessibles à notre prévision, à des lois qui nous permettraient d'en prévoir la nature et les créations ?

A cela on a répondu que le Droit est création de la pensée collective et que quelles que soient les particularités de la vie individuelle, le groupe reste intact, malgré la modification de ses éléments. Nous n'avons nullement l'intention de nier les phénomènes si intéressants de la pensée collective, auxquels nous avons déjà consacré un chapitre. Passés longtemps

inaperçus, ils ont, au moment de leur découverte, provoqué certaines exagérations qui ne seraient vraisemblablement plus reproduites à l'heure actuelle. Il est certain que toute forme sociale est fonction d'expression psychologique ; que le même cerveau pensera autrement dans un cabinet de travail, un salon, une assemblée électorale, un parlement, etc.... Chaque fois que des cerveaux collaborent à la même œuvre, la forme de la collaboration se retrouve dans la forme et le fond de l'idée collaborée. Mais la puissance psychologique est dans les cerveaux et ne saurait être ailleurs.

La plus simple observation prouve d'ailleurs qu'étant donné une certaine masse d'idées existant à un moment donné chez un peuple, l'attitude des divers individus à leur égard peut être fort différente.

1er Type. — *Type social parfait.* — L'individu appartenant à cette catégorie n'apporte aucun élément individuel aux divers groupes qu'il aura à traverser. Il exprime toujours l'idée du milieu et du moment sans d'ailleurs être pour rien dans sa formation.. Sans grand effort d'imagination, on pourrait faire sa biographie complète, reconstituer toutes ses paroles en toute circonstance et lui faire une carrière brillante et variée sans qu'il ait rien à tirer de sa propre invidualité. Ce personnage, d'apparence neutre, n'est peut-être pas sans influence dans la société. Car il a presque toujours quelque chose d'individuel : son intérêt. Il ne dit que des banalités, mais les banalités qui profitent. On ne doit pas dédaigner son rôle personnel dans l'histoire.

2e Type. — *Type volontariste.* — C'est l'homme d'action. Il apporte dans le groupe une énergie. Par suite, les idées qu'il aura choisies seront plus particulièrement défendues. Son influence est très souvent décisive. Il faut remarquer toutefois que l'homme d'action est rarement un penseur ; il ne l'est en tout cas pas nécessairement. L'homme d'action laisse souvent très peu de trace de ses pensées individuelles par le fait qu'il n'en a pas toujours beaucoup. Quelquefois même la cause qu'il sert lui est imposée ou indiquée par les circonstances plus que

par son originalité personnelle. Quand on parle de « force de volonté », « éducation de la volonté », on prend le mot « volonté » dans un sens spécial qui est loin d'être le sens philosophique. Celui qui a de la « volonté » dans le sens vulgaire, est celui qui suit une ligne de conduite qu'il s'est tracée ou qui lui a été tracée, non celui dont les actes de volition sont les plus personnels, non celui qui met le plus de son individualité dans ses paroles et dans ses actions. Les malentendus par lesquels on confond « endurance » et « volonté philosophique » sont très fréquents.

3e Type. — *Type intellectualiste.* – L'intellectuel prend les idées telles qu'il les trouve, les soumet à sa propre mentalité et leur donne une forme nouvelle. Il met dans le Droit ou les institutions sa logique personnelle et la communique ainsi à la société.

4e Type. — *Type génial.* — Le génie, dont le rôle est si discuté en histoire, est celui qui sort de son individualité des idées totalement inaperçues au moment où il les présente. Il apporte à la vie sociale le maximum de contribution individuelle. Nous ignorons d'ailleurs jusqu'à quel degré de sa subjectivité il faudrait descendre pour connaître la nature exacte de son apport. Nous voulons exprimer uniquement un fait incontestable d'après une observation même superficielle de l'histoire — bien qu'il ait été nié sans raison — qu'il y a des individus en opposition absolue avec le milieu mental dans lequel ils vivent.

Cette classification ne comporte aucune hiérarchie, aucun jugement de valeur quelconque sur les quatre catégories en question. Toutes peuvent contenir des hommes très remarquables et des hommes très ordinaires. Elle a pour seul but de résumer les diverses formes d'influence de l'individu sur la société.

La marche de la pensée humaine devant forcément varier selon la prédominance de tel ou tel type, le rôle du renouvellement incessant du personnel humain apparaît considérable dans l'histoire.

II. — *Multiplicité des facteurs créateurs du Droit.* — Pour connaître la résultante d'une combinaison de forces, il faut connaître quelles sont ces forces et pouvoir les mesurer. La production de chaque phénomène juridique n'est que la résultante d'une combinaison de forces dont nous ne connaissons que quelques-unes et que nous ne pouvons pas mesurer. Il est donc impossible de prévoir d'avance la réalisation de pareils phénomènes.

La capacité du crâne humain et la nature du cerveau sont un des premiers facteurs de tout travail cérébral. Personne ne peut contester que si l'humanité reprenait le crâne du gorille, la science juridique comme les arts, la philosophie, les mœurs humaines en seraient considérablement affectée. Cette dégradation hypothétique ne saurait être niée ; elle ne serait pourtant que le résultat d'une série de dégradations moins sensibles, mais tout aussi réelles. Or la capacité crânienne tient à la race et l'avenir de chaque race dépend de circonstances que nous ne pouvons connaître.

Si nous supposons connue la puissance intellectuelle de l'humanité à un moment donné, comment s'effectuera le travail psychologique créateur du Droit et des institutions ? Il résultera d'une combinaison de phénomènes relevant les uns de la psychologie collective, les autres de la psychologie individuelle.

La psychologie collective exprime les tendances que chaque forme sociale donne à la pensée individuelle. Les décisions que prendra tel groupe humain, les idées et les mœurs qu'il adoptera varieront chaque fois que l'on fera varier le mode de groupement. Il serait donc indispensable de connaître exactement quels seront ces divers modes de groupement pour prévoir le Droit de l'avenir

Il ne serait pas moins nécessaire de connaître comment les divers éléments de la psychologie individuelle s'associeront. Ils sont nombreux : les sentiments les plus contraires se rencontrent et se combattent dans le travail juridique ; les formes intellectuelles les plus variées : maladies de la pensée,

raison, logique, principe métaphysique de la justice y connaissent leurs instants de triomphe et leurs instants de revers.

Enfin les facteurs économiques et matériels dans toute leur complexité imposent leur concours et modifient même à son insu les directions de la pensée pure.

Il est sans doute très facile de simplifier le problème en choisissant dans cette liste un seul des facteurs de la création juridique et en considérant tous les autres comme inexistants. On a souvent procédé ainsi. Mais il est absolument impossible d'apporter la moindre justification à cette façon de raisonner.

Il n'y a pas de lois de réalisation dans l'histoire du Droit. La multiplicité des facteurs qui peuvent jouer les uns au regard des autres le rôle d'obstacle les rendent absolument impossibles.

III. — *Lois rationnelles de réalisation.* — Il ne faut pas tomber d'une exagération dans une autre. Du fait qu'il n'y a aucun moyen logique de déduire de l'existence d'un fait social la réalisation nécessaire de tel autre fait social, il ne faut pas conclure qu'il faille s'abstenir complètement de toute considération sur l'avenir.

Mais ces considérations sortent du domaine de la logique et appartiennent au rationnel simple, travail intellectuel sans rigueur, mais indispensable en pratique. Il est des faits sociaux qui peuvent légitimement en faire prévoir d'autres, sans que cette prévision puisse jamais avoir un caractère de certitude. Nous appellerons de telles prévisions des lois rationnelles, bien que le mot « loi » soit peu heureux dans la circonstance.

Les lois rationnelles suivent plus ou moins vaguement les contours des lois logiques et ont comme caractéristique la probabilité et non la certitude. Etant donné la série A Z dans laquelle la loi logique permettrait de conclure de l'existence de A à la réalisation nécessaire de Z, la loi rationnelle ne pourra conclure qu'à la réalisation plus ou moins probable de quelque chose ressemblant plus ou moins à Z.

Ramenées à leur juste valeur, ces généralisations ont le plus grand intérêt et forment le fond de l'histoire. S'en priver serait un crime ; pour si nombreuses qu'elles soient, même si elles sont d'apparence contradictoire, elles finiront par s'accorder toutes plus ou moins les unes avec les autres.

Toute loi historique est une formule dans laquelle il y a quelque chose de vrai. mais rien de nécessaire. Prenons la formule de Ihering : « L'histoire de la peine est une abolition constante » que l'on pourrait traduire pas cette autre formule : « Plus un peuple devient cultivé, moins il est cruel dans la répression des délits. » Il n'en est pas moins vrai que le Droit pénal du XVIe siècle, période de grande culture, était infiniment plus cruel que celui du XIIe ou même du VIIe siècle, périodes de bien moindre culture. Celui qui affirme : « En devenant plus éclairés, les hommes deviendront moins méchants, » dit quelque chose de très raisonnable, mais de très peu certain.

Les lois rationnelles de circuit et les lois rationnelles d'oscillation sont nombreuses dans l'histoire de la civilisation et l'histoire juridique. Le paysan ivre de Luther qui penche sur son âne, tantôt à droite, tantôt à gauche, est le symbole des lois d'oscillation. Ainsi les sociétés oscillent entre le libéralisme et le despotisme, la croyance et l'incroyance, le Droit pratique et le Droit savant,... repoussées de ce qui les a trop longtemps attirées et ne faisant que traverser le point d'équilibre.

Dégager de nouvelles lois rationnelles rend service à la compréhension de l'histoire, vouloir les transformer en lois de réalisation logique équivaut à en fausser la nature.

IV. — *Lois métaphoriques ou formules.* — Il arrive fréquemment qu'une même formule puisse convenir à des phénomènes très nombreux et de nature très variée : division du travail, différenciation, concurrence, imitation, sélection, adaptation, concentration, tendance à l'harmonie organique, etc.

Le fait que l'on peut classer sous une de ces dénominations des phénomènes d'ordre physique, biologique, moral, juridi-

que n'établit aucune ressemblance de nature entre ces divers phénomènes. Un œuf dont les cellules se divisent et se différencient pendant l'incubation n'a aucun rapport avec la division des trois pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Le mécanisme des deux opérations a peut être une certaine analogie, mais une analogie de pure forme et non une analogie de fond.

Beaucoup d'esprits sont très frappés de ces coïncidences de structure des phénomènes les plus éloignés par leur nature et y trouvent quelque chose de mystérieux et de profond. Ce sont pour eux des lois, les vraies lois de la nature, puisqu'elles se manifestent dans tous les domaines avec une régularité remarquable.

A vrai dire, ce ne sont nullement des lois, mais de simples formules, heureuses par le fait qu'elles introduisent une certaine unité de forme dans les diverses branches du savoir humain, mais sans autre portée. Chaque phénomène d'adaptation, de division du travail, etc.... conserve ses raisons d'être spéciales, sa nature spéciale, ses effets spéciaux.

LITTÉRATURE SUR LE DÉTERMINISME ET LA NOTION DE LOI

REY. *Leçon de philosophie*, p. 263. « Pour quelqu'un qui regarde superficiellement la nature et ne la comprend pas, les phénomènes semblent se produire au hasard et arbitrairement. Le miracle est partout et l'ordre nulle part. Les Grecs du temps d'Homère n'expliquaient-ils pas tout par les volontés plus ou moins raisonnables de divinités capricieuses ? Dans le langage philosophique, on appelle *contingent* ce qui est le produit du hasard ou du caprice ; ce qui pourrait être autre qu'il n'est ; ce qui n'obéit pas à une loi fixe et immuable. La nature, avant que la science en ait établi les lois, apparaît donc comme *contingente*. »

LIARD. *Science positive et métaphysique*, p. 6. « Cette pierre que j'abandonnais à elle-même tombait suivant la normale ; la

vitesse de sa chute s'accroissait proportionnellement au temps : c'étaient les faits. Mais rien ne me garantissait qu'elle ne pouvait pas rester suspendue en l'air, ou décrire en tombant telle ou telle courbe, ou tomber d'un mouvement uniforme ou uniformément retardé. Maintenant que j'en possède la loi, le fait et ses diverses circonstances essentielles me semblent nécessaires; mon esprit se refuse à concevoir que le contraire de ce qui a lieu se produise. La production d'un fait dont la loi est connue est nécessaire par rapport à cette loi. »

Bergson. *L'évolution créatrice*, p. 29. « Que l'apparition d'une espèce végétale ou animale soit due à des causes précises, nul ne le contestera. Mais il faut entendre par là que, si l'on connaissait après coup le détail de ces causes, on arriverait à expliquer par elles la forme qui s'est produite : de la prévoir, il ne saurait être question. Dira-t-on qu'on pourrait la prévoir si l'on connaissait, dans tous leurs détails, les conditions où elle se produira ? Mais ces conditions font corps avec elle et ne font même qu'un avec elle, étant caractéristiques du moment où la vie se trouve alors de son histoire : comment supposer par avance une situation qui est unique en son genre, qui ne s'est pas encore produite et ne se reproduira jamais ? On ne prévoit de l'avenir que ce qui ressemble au passé ou ce qui est recomposable avec des éléments semblables à ceux du passé. Tel est le cas des faits astronomiques, physiques, etc.... Mais d'une situation originale, qui communique quelque chose de son originalité à ses éléments, c'est-à-dire aux vues partielles qu'on prend sur elle, comment pourrait-on se la figurer donnée avant qu'elle se produise ? »

Benda. *Bergsonnisme*, p. 79. « C'est une des gloires de l'esprit moderne d'avoir voulu, dans le naufrage de l'idée de loi *exprimable*, sauver l'idée de loi. On sait que pour la science moderne, une loi (fonction) dont il faudrait changer l'expression pour chacun de ses nouveaux points est tout de même une loi, l'idée de loi ne consistant plus qu'en l'idée d'une correspondance (exprimable ou non) entre deux grandeurs : en sorte qu'au regard de Dieu, le monde, dans l'incohérence de ses états successifs, reste tout de même une loi. »

Henri Poincaré. *Dernières pensées. L'évolution des lois*, p. 8. « Avec le présent et les lois, on peut deviner l'avenir ; mais on peut également deviner le passé. Le processus est essentiellement reversible. »

P. 23. « Les lois que nous donne l'observation directe ne sont jamais que des résultantes. »

P. 27. « Supposons d'autre part que les lois observables ne soient que des résultantes, dépendant à la fois des lois molécu-

laires et de l'agencement des molécules ; quand les progrès de la science nous auront familiarisés avec cette dépendance, nous pourrons sans doute conclure qu'en vertu même des lois moléculaires, l'agencement des molécules a dû être autrefois différent de ce qu'il est aujourd'hui, et par conséquent que les lois observables n'ont pas toujours été les mêmes. Nous conclurions donc à la variabilité des lois, mais, qu'on le remarque bien, ce serait en vertu même du principe de leur immutabilité. Nous affirmerions que les lois apparentes ont changé, mais ce serait parce que les lois moléculaires, que nous regarderions désormais comme les vraies lois, seraient proclamées immuables. »

RICHARD. *L'idée de l'évolution*, p. 147. « Voici donc en quels termes le problème se formule. L'action exercée sur la marche de l'humanité ou, si l'on préfère un terme plus exact, sur la vie des sociétés, par l'imagination créatrice, par l'activité rationnelle et critique, enfin, par la réaction des caractères personnels, est-elle, par définition, accidentelle et réduira t-elle l'historien à ne décrire que des accidents ?

» La reponse sera affirmative si l'on tient pour accordé que la science est l'étude de « rapports nécessaires dérivant de la nature des choses », en d'autres termes, si l'on professe le mécanisme universel. Le savant pourra encore tenter de faire une science sociale, mais il tachera de n'y retenir que des rapports simples entre masses et grandeurs, en chassant toutes les données purement qualitatives. Tel est le point de vue des démographes et des purs économistes.

» Mais il n'en sera pas ainsi si l'on écarte comme une fiction métaphysique l'idée de la nécessité, et si l'on reconnaît le vrai caractère des lois extraites de l'expérience. Ce sont des relations constantes, mais contingentes, car l'existence des phénomènes qu'elles lient pourrait sans contradiction ne pas être.

» Dès lors, la situation de l'historien ne diffère qu'en degré de celle du savant expérimental. L'action du génie ou de l'imagination créatrice, celle de l'activité rationnelle est sans doute contingente, mais contingente aussi est la vie organisée. »

BOURGIN. *Publications économiques des Universités allemandes*, déc. 1913, p. 316. « Dans l'ensemble du travail, nous attachons beaucoup plus d'importance à ce que nous tenons pour une erreur de méthode. M. Brockhage considère comme des « causes » de changement et d'évolution les événements de la Révolution et de l'Empire. Ces événements, présentés et décrits comme des accidents historiques, ne sauraient expliquer les phénomènes de développement, qui dépendent de conditions, d'institutions fondamentales. Si des accidents historiques ont entraîné des change-

ments de conditions, d'institutions, et, comme dit l'auteur, de dispositions psychologiques, ce qui d'ailleurs reste à prouver, ce sont, en tous cas, ces changements qui ont déterminé ceux de l'économie considérée. Des événements historiques, qui ne sont pas eux-mêmes des conditions, ne peuvent pas être des conditions de changement : les conditions de changement, ici comme ailleurs, sont de même ordre que les phénomènes conditionnés. C'est exclusivement entre des phénomènes et des conditions de même ordre qu'il faut chercher des rapports de causalité. C'est dans un sens vulgaire, et non exactement scientifique que les accidents politiques auxquels on impute les changements de conditions peuvent être tenus pour les causes des effets subséquents. Ils n'en sauraient pas plus être les causes que l'expérimentateur n'est la cause des variations d'état dans les corps dont il modifie les conditions physiques. »

Windelband. *Einleitung in die Philosophie*, p. 296. « Bedeutsamer schon sind die Schwierigkeiten, welche sich auf die *Wahlfreiheit* beziehen ; doch sind sie verhältnismässig einfach zu lösen, so lange man sie auf das psychologische Gebiet beschränkt. Die Wahl ergibt sich daraus, dass, während verschiedene Begehrungen und Wünsche als solche im Bewusstsein trotz allen Gegensatzes nebeneinander bestehen können, das Handeln ausschliesslich durch eines dieser Motive bestimmt sein kann. Bei dem Kampfe der Motive aber kommen nicht nur die momentanen Reize und die darauf bezogenen Begehrungen, sondern auch die durch die gesamte Entwicklung des Individuums begründeten konstanten Richungen seines Wollens entscheidend in Betracht. Bezeichnet man diesen Gegensatz als den zwischen den momentanen Anlässen und dem Charakter, so sind schiesslich in der psychologischen Theorie alle darüber einig, dass der Ausschlag der Wahl durch beide zusammen je nach dem Verhältnis ihrer Stärke bestimmt ist. Richtet man dabei seine Aufmerksamkeit darauf, dass es von der Verschiedenheit des Charakters abhängt, in welcher Weise die momentanen Reize den Willen bestimmen, und bezeichnet man nur die letzteren als die Motive, so kommt man zu der Vorstellung, dass der Mensch im Zustande der Wahl als Charakter in seiner Willensentscheidung von den Motiven unabhängig, d. h. frei ist. Diese Behauptung pflegt man *Indeterminismus* zu nennen. »

Betont man dagegen die Notwendigkeit, mit der nach psychologischer Einsicht das Wollen aus der ausgeglichenen Gesamtheit jener Momente resultiert, und nennt man alle mit Einschluss des konstanten Wollungen, aus denen sachlich der Charakter besteht, unterchiedslose Motive, so kommt man zu der Folgerung, dass das Wollen unweigerlich durch die Motive bestimmt wird.

Diese Ansicht nennt man dann *Determinismus*. Im Grunde genommen, sind also Indeterminismus und Determinismus psychologisch einig. »

VIOLLET. *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, t. I, p. 217.

« L'histoire de la royauté nous offre, peut-être chez tous les peuples, une application frappante de cette grande loi de la division et de la multiplication progressive des fonctions, sur laquelle j'ai déja appelé souvent l'attention du lecteur. Le roi, c'est l'unité primitive, c'est l'autorité une et simple : c'est souvent tout ensemble le prêtre, le juge, le général, l'administrateur et, par bien des côtés, le chef de famille. Le sacerdoce et le pouvoir civil se séparent de bonne heure ; après quoi le pouvoir civil se fractionne à son tour ; une bonne partie du droit public romain et du droit public grec tient en cette courte formule : fractionnement et démembrement continu du pouvoir royal. De même, chez nous, les parlements et les conseils du roi, les branches si variées de l'administration ne sont pas autre chose que le développement et le démembrement du pouvoir royal. Ainsi malgré l'énorme différence des milieux et des modalités, la même formule peut servir non pas à caractériser, mais à résumer l'évolution historique du droit public français, du droit public grec, du droit public romain. »

CHAPITRE II

Evolution. Transformation. Progrès.

BIBLIOGRAPHIE. — Berthelot, *Evolutionnisme et Platonisme*, 1908 ; — Bastian, *L'évolution de la vie*, 1908 ; — Demoor, Massard, Wanderwelde, *L'évolution régressive en biologie et en sociologie* ; Dicran Aslanian, *Les Principes de l'évolution sociale* ; — Le Bon, *Lois psychologiques de l'évolution des peuples* ; — Le Dantec, *Evolution individuelle et hérédité* ; — G. de Molinari, *Théorie de l'évolution* ; — Matteuzi, *Les facteurs de l'évolution des peuples* ; — Segond, *Cournot et la psychologie vitaliste* ; — Carrau, *L'humanité primitive et l'évolution sociale d'après* H. Spencer.

Kidd, *L'évolution sociale. Trad.* Le Monnier ; — Lockyer, *L'évolution inorganique. Trad.* E. d'Hooghe, 1905 ; — Huxley, *Evolution and Ethics* ; — Baldwin, *Development and evolution.*

Wirth, *Der Gang der Weltgeschichte*, 1913 ; — Spranger, *Grundlagen der Geschichtswissenschaft* ; — *Wilhelm von Humbold und die Humanitätsidee*, 1909 ; — von Wilamowitz, *Weltperioden* ; — Breysig, *Stufenbau der Weltgeschichte und die Gesetze der Weltgeschichte* ; — Unold, *Organische und soziale Lebensgesetze* ; — Meyer, *Zur Theorie und Methodik der Geschichte* ; — Müller-Leyer, *Phasen der Kultur* ; — A. von Schweiger-Lerchenfeld, *Kulturgeschichte Werden u. Vergehen im Völkerleben.*

Freemann, *The historical Method* ; — Fred. Marrison, *The historical Method of prof. Freemann, in The Nineteenth Century* ; — Tylor, *On a Method of investigating the Development of Institutions*, 1889 ; — Westermarck, *Méthode pour la recherche des institutions préhistoriques. Revue internat. de sociol.* 1897.

Richard, *L'idée d'évolution dans la nature et dans l'histoire* ; — Ribot, *L'évolution des idées générales* ; — Fouillée, *L'évolutionnisme des idées-forces* ; — Halleux, *L'hypothèse évolutionniste en morale.*

Consentini, *La sociologie génétique, introd. de* Max. Kovalewsky (bonne bibliographie).

Mendelsohn, *Jerusalem oder über religiöse Macht und Juden-*

tum, Berlin 1783 ; — A. Ferrière, *La loi du progrès*, 1915 (excellente étude du progrès d'après les idées spencériennes et très bonne bibliographie à cet égard).

Flint, *La philosophie de l'histoire en Allemagne*, trad. Carrau.

Bergson, *L'évolution créatrice ;* — Grandjean, *Une révolution dans la philosophie ;* — Benda, *Le Bergsonisme, une philosophie de la mobilité ;* — Bergson, *L'intuition philosophique. Congrès internat. de Bologne*, 1911.

Kohler, *Moderne Rechtsprobleme ;* — Neubamp, *Einleitung in eine Entwickelungsgeschichte des Rechts ;* — Cogliolo, *Essai sur l'évolution du Droit privé ;* — Neukamp, *Einleitung in eine Entwicklungsgeschichte des Rechts ; Das Entwicklungsgesetz der fortschreitenden Vergeistigung des Reckts* ; — Benedetto Croce, *Ce qui est vivant et ce qui est mort de la philosophie de Hegel*, *Trad.* Buriol.

Les diverses idées qui peuvent être comprises sous le mot évolution ne sont pas absolument nouvelles. Il ne serait pas difficile d'en retrouver les éléments dans de très vieilles littératures. Toutefois ce n'est guère qu'à une époque relativement récente qu'elles ont pénétré les méthodes historiques et qu'on en a fait une application régulière et systématique.

Comme tous les mots à prestige, le mot « évolution » a un sens un peu flottant qu'il convient avant tout de préciser. Dans son acception originaire, il signifie simplement transformation graduelle que subissent par l'effet du temps les êtres animés et inanimés, les êtres physiques et les pensées. Le jeu des causes et des effets se produisant dans le temps et ne pouvant se produire en dehors du temps, l'évolution se ramènerait ainsi à la détermination universelle et serait une expression sans intérêt.

Mais l'expression d'évolution peut être restreinte à l'être vivant et employée à désigner les transformations qu'il subit au cours de son existence par le fait même de la vie. Ce sera l'*évolution vitale* qui décrit les âges de toute existence de la naissance à la mort.

Dans un autre sens, l'*évolution transformiste* établit la parenté de tous les êtres vivants, de toutes les espèces et expli-

que leur différenciation par la diversité des conditions auxquelles elles ont été soumises au cours du temps. Dans le domaine physique comme dans le domaine moral, elle ramène les formes complexes aux formes simples primitives.

Enfin certains évolutionnistes croient qu'il est dans la nature des êtres vivants de s'élever des formes inférieures vers les formes supérieures par une transformation lente mais sûre. Leur évolution peut alors être appelée *évolution progressive*.

§ 1. — **L'évolution vitale.** — Le sort de tout être vivant est de passer de la naissance à la mort par une série de périodes de croissance et de déclin qui constitue l'ensemble de sa vie. Il évolue en vertu de sa propre force vitale, mais aussi sous l'influence des forces naturelles qui l'environnent. L'être vivant a son énergie propre, possède en lui-même la direction de sa destinée ; mais il est plus que le corps mort dépendant de son milieu, il ne peut subsister que par une action incessante sur les matières qui lui sont étrangères, sinon il perd la vie.

I. — *Nature de l'évolution vitale.* — L'être vivant plongé dans le temps abstrait serait-il susceptible d'un développement quelconque ? Il est certain que non. Mais ce qui lui manquerait serait peut-être la substance de développement et non l'élan, la virtualité.

Rien ne peut prétendre à l'éternité. Mais les corps inanimés et les corps vivants sont, par rapport à la durée, dans des conditions bien différentes. Un corps dépourvu de vie peut, dans certains états d'isolement, subsister indéfiniment sans subir aucune altération appréciable. Un corps vivant ne peut rester tel sans subir à chaque instant des séries de transformations incessantes. La vie suppose un travail continuel, et par ce travail continuel l'être grandit, s'accroît, se reproduit, s'affaiblit et meurt. Le temps est toujours rempli par une série de phénomènes auxquels la vie peut se soustraire et qui substituent perpétuellement un monde nouveau au monde ancien. « C'est le temps qui nous tue », dit un proverbe populaire. Non, le

temps ne tue personne. Mais l'être vivant ne peut pas être enfermé comme une médaille qui peut reposer plusieurs siècles et apparaître ensuite toute neuve ; il ne peut vivre que par une lutte continuelle qui l'use plus ou moins rapidement.

Il est donc impossible de savoir dans l'existence d'un être vivant le rôle qui revient à la force vitale intérieure qui lui est propre, à sa spontanéité et le rôle du milieu extérieur dans lequel il se développe.

L'ensemble des forces extérieures avec lesquelles chacun est obligé de prendre incessamment contact pour vivre et que l'on peut appeler le milieu, est souvent à peu près identique pour un grand nombre d'individus. Tous les hommes naissent, grandissent, vivent et meurent dans certaines conditions qui sont communes à toute l'humanité, dans certaines conditions qui sont communes à tout un groupe ou propres à chaque homme. L'enfance, l'âge mûr, la vieillesse sont les phases régulières de toute vie humaine. De là certains traits de ressemblance entre toutes les destinées.

II. — *L'évolution de la pensée et des Institutions humaines.* — Quand on parle de l'évolution d'une civilisation, d'une institution, d'une technique, d'une forme logique emploie-t-on une simple métaphore heureuse et imagée, capable de mieux graver dans notre mémoire une certaine succession de faits, mais incapable de nous en faire comprendre le véritable mécanisme ? Y a-t-il au contraire quelque chose de semblable, peut-être même d'identique à cette croissance et à cette usure par le temps que subissent les êtres vivants par le fait même de la vie ?

L'évolution morale paraît au premier abord très différente de l'évolution physique :

1° On comprend qu'il se produise chez les individus une évolution morale correspondante à l'évolution physique. Mais ce phénomène, purement individuel, n'a pas par lui-même grande importance dans l'histoire. C'est tout un peuple ou un groupe encore plus grand que l'on voit naître, prospérer, décroître et mourir. Or toute collectivité humaine est composée

— du moins presque toujours — d'une même proportion d'enfants, d'adultes et de vieillards. Le jeu des morts et des naissances lui laisse une somme à peu près égale de vigueur intellectuelle et morale. On peut dire par suite, à ce point de vue, que tout groupement humain a toujours le même âge et puisque son état physique est toujours à peu près identique, son état moral devrait toujours rester stable.

2° — A cela on répond que l'évolution frappe la collectivité elle-même et non les individus qui la composent. En admettant ce point de vue, il y aurait encore une grande différence entre l'évolution de l'être animé et l'évolution morale. La première se produit nécessairement au contact de la vie ; elle est plus ou moins régulière. Dix hommes nés le même jour ne mourront pas tous le même jour, ils ne vieilliront pas exactement en même temps ; mais les différences seront assez peu de chose et ne dépasseront pas une certaine limite facile à prévoir. De dix peuples ayant le même âge, les destinées dans le cours des temps pourront être extrêmement variées. A une même date, un peuple que l'on dit jeune est quant à la durée aussi vieux qu'un peuple vieux. Celui qui a terminé l'évolution a le même âge réel que celui qui la commence. Par suite, la vie morale peut être suspendue indéfiniment et reprendre brusquement, ce qui est contraire à la vie physique des êtres animés.

3° — Le phénomène de l'évolution morale dans l'humanité est particulièrement complexe, car la grande histoire humaine est faite de l'histoire des civilisations, l'histoire des civilisations de l'histoire des peuples, l'histoire des peuples de l'histoire de groupes inférieurs. Dans les grandes histoires et dans les petites histoires, cette marche régulière vers la croissance, puis vers le déclin, est également accentuée.

L'histoire de l'humanité ne se confond pas avec l'histoire successive des diverses civilisations (au sens concret du mot). A toute époque, le globe contient à la fois des peuples vivants et agissants et des peuples stagnants. De nos jours, certaines races sont plus sauvages que d'autres races, il y a

trois mille ans. L'histoire écrite parle des peuples qui agissent et non de ceux qui sont en état de stagnation. Qu'aurait-elle à en dire? Mais l'histoire réelle de l'humanité ne pourrait pas les négliger. Son rôle serait précisément de relever, pour chaque instant, la proportion et la puissance respective des peuples civilisés et non civilisés. La physionomie de l'humanité prise dans son ensemble a subi des variations incessantes et continues. Et très vraisemblablement au jour lointain ou proche où elle aura terminé son évolution, la vie de l'espèce humaine reproduira les phases de la vie de l'individu : naissance, croissance, apogée, déclin et mort. Ce n'est d'ailleurs qu'une hypothèse qui ne sera jamais vérifiable, mais qui peut avoir son utilité pour la compréhension générale de l'histoire.

Si l'on fait abstraction des non-civilisés pour considérer un ensemble de peuples en contact, en rapport d'échanges intellectuels, religieux et moraux, on obtient une « civilisation » dans le sens général, mais concret du mot : civilisation grecque, romaine, chrétienne, islamique... Toute grande civilisation connaît les phases de la croissance, de l'apogée et du déclin. Elles ne sont pas toujours faciles à préciser. Cela se comprend d'ailleurs ; la vie d'une civilisation est la synthèse de la vie d'un certain nombre de peuples, qui chacun a son évolution propre. Dans la civilisation grecque : l'Asie Mineure, Athènes, Lacédémone ont leurs instants de grandeur et de décadence. Si l'on voulait procéder à un examen plus minutieux, il serait facile de constater que l'évolution des peuples est la synthèse des évolutions de groupes moins nombreux : tribus, classes, familles, de telle sorte que ces mouvements d'évolutions morales et institutionnelles auront toujours quelque chose d'imprécis et de flottant. On ne saurait en tirer des conclusions certaines, mais il serait faux d'en méconnaître la réalité.

4° — Le mot « civilisation » a un double sens. Il peut être donné à un ensemble de peuples unis dans une œuvre commune, vivant plus ou moins en contact et faisant échange

d'idées et de mœurs. Il n'y eut pas que de vrais Grecs dans la civilisation grecque ; encore moins, le minuscule peuple romain est-il le seul auteur de la civilisation romaine. L'ensemble des peuples qui sont unis ensemble dans une même élaboration intellectuelle forme un groupe social et historique que l'on peut appeler « civilisation-groupe ».

A cette civilisation-groupe d'êtres humains vivant dans une certaine période et dans certaines conditions peut être opposée, au point de vue terminologique, la « civilisation-état », l'ensemble des éléments psychologiques qui restent stagnants chez les peuples stagnants, et se transforment incessamment chez les peuples vivants.

Un peuple civilisé est celui qui se trouve en état de mouvement. En pratique, l'état de civilisation n'est perceptible qu'après un certain temps d'ascendance et n'est plus perceptible lorsque la décadence est proche. Or tous les éléments intellectuels dont les transformations successives produisent l'évolution générale d'une civilisation, se meuvent indépendamment les uns des autres. La philosophie, l'art, l'économie, le Droit ont chacun leur vie distincte et se transforment avec plus ou moins de rapidité selon les circonstances. Chacune des grandes disciplines n'est elle-même que la synthèse de disciplines plus restreintes ayant aussi leurs mouvements propres et leurs destinées particulières Ainsi pour l'Art : danse, poésie, musique, peinture, architecture, prospèrent ou tombent en décadence indépendamment les unes des autres. Il en est de même pour le Droit : politique, technique, pratique, bien que s'influençant réciproquement, n'ont pas les mêmes périodes d'éclat ou de relâchement.

Cette vie des peuples, des civilisations, des institutions que l'on présente souvent sous des formes mystérieuses se laisse expliquer d'une façon très positive, si l'on veut admettre que toute psychologie collective se laisse ramener à la psychologie — ou, si l'on veut, même à la physiologie — de l'individu.

Soit un individu parvenu à l'âge de raison dont les pensées se fixent sur une notion morale ou intellectuelle quelconque.

Quarante ans plus tard, ses idées sur la même notion se seront modifiées par le travail, par l'expérience, et aussi par l'usure du cerveau en contact avec la vie. Tel est le phénomène élémentaire, le grain de sable qui, prodigieusement multiplié, formera l'immense domaine de l'évolution humaine. L'idée modifiée par une première évolution dans le cours d'une vie humaine ne sera pas présentée par le père au fils telle que le père l'avait reçue, mais sous une forme plus mûre. Le fils, s'il vit la même idée, la transformera à son tour et la transmettra ainsi modifiée aux générations suivantes, et ainsi de suite. De telle sorte qu'au bout d'un certain temps, la pensée d'un jeune homme n'est plus une pensée jeune. Elle se ressent forcément de l'expérience et de l'usure de la vie des ancêtres. Ainsi se forment des sociétés où prédominent tour à tour les tendances de la jeunesse, puis de l'âge mûr, puis de la vieillesse.

Il est par suite très naturel que le cours de l'évolution morale soit très irrégulier, que des peuples restent des temps infinis dans le même état d'esprit, sans changer de croyance pratiquant les mêmes industries et les mêmes usages. Tant qu'un élément moral n'est pas rattaché à la vie individuelle par l'effort cérébral, il reste indéfiniment semblable à lui-même ; il ne subit ni croissance ni usure. Ce n'est pas la vie, ce n'est pas la mort, c'est la stagnation. Ainsi les éléments moraux de l'existence peuvent, comme les choses inanimées, être isolés des frottements ex térieurs et durer ainsi indéfiniment. Plus ils participent à l'activité humaine, plus ils s'usent rapidement. Il en est ainsi des lois et du Droit, comme de la religion, de la morale, de la philosophie.

Ainsi les nombreux travaux que les philosophes de l'histoire ont consacrés à la comparaison des diverses civilisations et des périodes de leur histoire ne sont pas des amusettes. Ils correspondent à quelque chose de réel et de positif. Par la force des choses, les résultats en seront toujours extrêmement flottants, ce qui n'est pas une raison pour les négliger. On peut ainsi rapprocher le moyen âge grec du Xe au VIIe siècle

avant notre ère du moyen âge chrétien. Il y a certainement entre les deux périodes des ressemblances qui ne sont pas purement fortuites et qui tiennent à une certaine égalité d'âge entre ces deux instants de civilisation. Mais le mécanisme même de l'évolution dans la vie morale de l'humanité nous montre que ces rapprochements ne sauraient être poussés trop loin.

§ 2. — **L'évolution transformiste.** — L'évolutionnisme transformiste est basé sur deux hypothèses essentielles :

1° — La parenté originaire de tous les êtres dérivés d'atomes primitivement identiques. Pour écarter toute controverse embarrassante et ici sans utilité, sur l'identité d'origine de l'organique et de l'inorganique, on peut dire plus modestement : la parenté originaire de tous les êtres vivants dérivés de cellules primitivement identiques.

2° — La formation des espèces par une lente différenciation, résultant de la variété dans les conditions d'existence, de l'influence du milieu sur les individus à travers les générations. Cette seconde hypothèse n'est d'ailleurs qu'un corollaire de la première. Car puisque les êtres vivants sont actuellement fort éloignés au point de vue physique, psychologique et social, il est logiquement nécessaire, si nous leur supposons une origine commune, qu'une série de causes multiples et imprécises, que l'on peut appeler les « conditions de la vie », les ait différenciés.

Dans cette théorie, les caractères de tout être vivant s'expliquent en entier par son histoire et l'histoire de son espèce. Les formes supérieures de la vie, les animaux les plus parfaits ont été, par suite des circonstances, plus différenciés et s'éloignent davantage des formes primitives. Les formes rudimentaires ont au contraire subi des transformations moindres.

Appliquées d'abord au développement physique des espèces animales, les mêmes hypothèses ont permis de mieux comprendre la formation cérébrale, c'est-à-dire intellectuelle, de l'homme. De même que les espèces supérieures sont sorties

d'espèces inférieures par suite de certaines particularités de leur histoire, les fonctions supérieures de l'intelligence proviennent des fonctions inférieures et doivent toute leur perfection aux circonstances extérieures et accidentelles qui en ont permis et provoqué le développement. Par suite les morales, les religions, les institutions, les Droits sont nés des mêmes éléments psychologiques primitifs. Leur diversité s'explique par l'inégalité de leur distance par rapport au type originaire ainsi que par la diversité du milieu où ils ont pu prendre leur expansion.

Ainsi l'évolutionnisme relie tous les êtres vivants considérés dans leur physiologie, leur psychologie, leur logique et leurs mœurs dans un immense arbre généalogique où les formes les plus parfaites plus complètement transformées n'en sont pas moins parentes des formes grossières peu évoluées. Cette parenté est précieuse pour la compréhension de l'histoire. Elle permet de découvrir le passé des êtres supérieurs dans le présent des êtres inférieurs. Elle permet d'étudier la pensée humaine dès ses plus humbles débuts, d'en suivre tous les efforts vers le mieux et même, jusqu'à un certain point, de deviner quelles influences ont permis et provoqué son perfectionnement. L'homme très primitif ressemble sans doute à certains des animaux que nous pouvons connaître, aux enfants, aux sourds-muets qui n'ont pas profité de l'éducation historique. Les sauvages sont, plus ou moins, ce qu'ont été les ancêtres des civilisés. Les demi-civilisés présentent autant de phases de transition, et la comparaison générale de la psychologie et des mœurs est le meilleur moyen de refaire l'histoire.

Par la comparaison, les législations de tous les peuples s'éclairent réciproquement ; l'étude des peuples primitifs aide à comprendre ce qu'ont été les peuples les plus civilisés dans un passé plus ou moins lointain, et l'histoire des peuples civilisés laisse deviner les transformations que les peuples primitifs pourront subir. Toutefois, en ce qui concerne le Droit, la comparaison ne saurait se faire par les documents juridi-

ques proprement dits. Car tout document juridique pour si ancien qu'il soit suppose un état de civilisation relativement avancé; les vraies origines des institutions, leurs formes les plus anciennes ne sauraient être révélées par des textes de cette nature. Il faut avoir recours à l'ethnographie, au Folk-Lore pour retrouver la psychologie rudimentaire dont est sortie la psychologie subtile et raffinée du Droit.

L'évolutionnisme transformiste et la méthode comparative qui en découle — toute méthode comparative n'est pas nécessairement basée sur le transformisme — ont rendu à l'histoire du Droit, comme à toute histoire, comme au Droit lui-même les plus immenses services. Ces idées ont surtout donné l'élan aux travailleurs de tous les pays et la prodigieuse documentation qui en est résultée a bouleversé les anciennes conceptions historiques. L'accumulation des matériaux n'a pourtant pas été sans inconvénient. L'interprétation philosophique des documents n'a pu marcher d'un pas égal avec l'apport des documents et les comparatistes se sont trouvés embarrassés de leur trop de richesse.

C'est ce qu'avouait — il n'y a pas très longtemps — un des maîtres de l'école, Maxime Kovalewsky. La situation, que je sache, n'a pas trop changé depuis. Il reconnaissait que la science de l'histoire primitive de l'humanité manquait de « conclusions générales ». Mais est-il certain que l'on pourrait, en conciliant tous les documents, établir des conclusions générales qui s'imposeraient à tous sans discussion possible? C'est peu probable.

Il ne s'agit pas d'ailleurs de critiquer la méthode comparative, ce qui serait en dehors de notre travail. C'est la notion d'évolution transformiste qui seule nous intéresse ici et dont il convient d'examiner la portée.

I. — *Domaine de l'évolution transformiste.* — Les diverses races humaines doivent, d'après le principe même de l'évolutionnisme, provenir d'un type unique. Mais ce type unique pourrait être antérieur à l'humanité, peut-être même de beaucoup. La vieille tradition d'un Adam et d'une Eve

peuplant la terre de leurs descendants présentait une image simple de l'histoire humaine; la réalité est plus complexe. L'anthropologie préhistorique soulève des problèmes qu'elle ne peut résoudre avec certitude. L'homme quaternaire descendait-il de l'homme tertiaire et ces êtres ont-ils laissé des descendants directs dans nos races modernes? Ces races modernes ont-elles des ancêtres humains communs? La fraternité des hommes est-elle contemporaine de la naissance des hommes ou faut-il la faire remonter à des précurseurs plus ou moins lointains de l'homme?

Il est fort possible, pour ne pas dire probable, que les précurseurs de l'homme aient habité diverses régions du globe terrestre sans se croiser et même sans se connaître, qu'ils aient acquis l'humanité indépendamment les uns des autres. Dans ce cas, les tendances originaires de chaque race primitive ont dû être extrêmement diverses et, dans le cours de l'histoire, l'humanité a évolué par croisement et disparition de certains groupes vers l'unité et non vers la multiplicité des types. Dans l'hypothèse opposée qui peut être schématiquement représentée par un premier couple humain, les divergences de race, inexistantes à l'origine, sont le produit de la vie à travers les siècles. L'évolution aurait été alors différenciatrice et non assimilatrice.

Il faut reconnaître que ces obscurités sur les origines de l'homme physique sont extrêmement regrettables. La lente confection du cerveau et du crâne, bases des facultés morales et intellectuelles les plus persistantes dans les diverses races, nous échappe et, par suite, le transformisme ne donne pas sur les origines et l'histoire de l'humanité tout ce que l'on pouvait en attendre.

L'évolution psychologique de l'homme est plus facile à reconstituer dans ses grands traits. Entre l'intelligence la plus rudimentaire et l'intelligence la plus élevée qu'il soit possible d'observer, il est possible d'établir certaines phases ou étapes qu'il a été nécessaire de parcourir pour passer de l'une à l'autre. La puissance d'abstraction est un des meilleurs critères

de la valeur cérébrale : sous sa forme la plus élémentaire, elle se réduit à la seule faculté de discerner dans le monde concret certaines ressemblances et certaines dissemblances, et cette faculté est antérieure à la création du langage; l'abstrait moyen est intimément lié à l'emploi du mot rattaché à l'idée. Il progresse avec le langage, atteignant avec l'adjectif l'idée de la qualité indépendante du corps, avec le substantif l'idée de l'individu, de la classe, de l'espèce.

Par l'abstraction supérieure, l'homme domine complètement le concret, en analyse les divers éléments, découvre le squelette des êtres et enferme dans des formules générales un nombre infini de vérités particulières.

Enfin l'intelligence parvient à un degré encore supérieur lorsqu'elle s'attache à la critique de son travail d'abstraction, lorsqu'elle cherche à en préciser les rapports avec le réel, lorsqu'elle veut en déterminer la valeur logique variable suivant les cas et qu'il est facile de méconnaître en bien ou en mal.

Sans doute, à travers les générations, l'intelligence humaine a passé par ces diverses étapes. A quel moment? C'est une autre question. Peut-être à une époque préhistorique, peut-être à une époque historique. Quelle était la puissance d'abstraction d'un cerveau de civilisé, il y a trois, quatre, cinq ou six mille ans? Nous n'en savons rien pour le moment. Peut-être y eût-on trouvé des gens beaucoup mieux doués à cet égard que beaucoup de modernes.

L'évolution psychologique, malgré les beaux et nombreux travaux auxquels elle a donné naissance, n'a jamais été traitée d'un point de vue vraiment historique.

L'évolution des institutions, usages et mœurs a été étudiée d'une façon plus chronologique. Les renseignements fournis par les vieux documents, le Folk Lore, les traditions, le permettent. Les premiers besoins de l'humanité naissante ont été à peu près partout les mêmes ; de là, une grande uniformité dans les institutions primitives. Lorsque les circonstances de la vie se sont diversifiées pour chaque peuple, que les uns ont

vécu de guerre et de pillage, d'autres de l'élevage du bétail pâturant sur de grands espaces, tandis qu'en d'autres pays prospérait telle ou telle culture, tel ou tel commerce, les institutions se sont aussi diversifiées, sans perdre pourtant complètement leur ressemblance originaire. L'universalité de certaines institutions primitives est frappante. Est-elle due à une identité d'évolution ? Une étude minutieuse de l'histoire peut seule permettre de répondre à cette question capitale. Car des courants d'imitation d'un pays par d'autres peuvent aussi avoir transporté telle ou telle institution à de très grandes distances. Dans certains cas, l'identité d'évolution sans emprunt semble certaine ; dans d'autres cas, la question est douteuse.

Il est, d'autre part, certain qu'à ces ressemblances étonnantes s'opposent des dissemblances non moins étonnantes entre des peuples d'un degré de civilisation à peu près analogue. En matière de relations sexuelles, par exemple, les hommes semblent avoir inventé de très bonne heure tout ce qu'il était possible d'inventer. Il se peut fort bien que pour beaucoup d'institutions toutes les branches de l'imaginable aient été épuisées. De telle sorte que les ressemblances d'institutions entre peuples très éloignés, bien loin de signifier identité d'évolution pourrait parfois signifier tout le contraire.

L'évolution du Droit technique est, sans contestation possible, extrêmement variée. Même des peuples très proches de race, de mœurs et de situation géographique ont des logiques juridiques très différentes. La formation de la technique juridique est un produit de l'évolution logique et de l'évolution politique d'un peuple. C'est par suite un phénomène très complexe et encore très peu étudié.

II. — *Survivance et archaïsme.* — Certains philosophes donnent le nom de survivance « à la réapparition d'un caractère ancestral disparu dans les générations intermédiaires ». Nous ne mentionnons cette terminologie que pour l'écarter et pour signaler le danger d'équivoque. Les faits d'atavisme seraient mieux appelés « revivance » que « survivance ».

Nous appellerons « survivances » les vestiges laissés par une

société d'un type antérieur dans une société d'un type postérieur. Peut être considéré comme survivance tout ce qui dans les mœurs, les institutions, le Droit s'explique par le passé et non par le présent; ou, pour arriver à plus de précision, tout ce qui ne serait pas introduit tel qu'il est dans les mœurs, les institutions et le Droit, s'il ne s'y trouvait pas déjà. Une survivance n'est donc pas sans utilité présente; son utilité présente peut être même supérieure à son utilité originaire. Mais on ne saurait en comprendre la création sans le concours de l'histoire.

Prenons les exemples classiques : La *nobility* anglaise n'est depuis longtemps plus en rapport avec sa constitution démocratique. C'est pourtant un organe essentiel de la puissance coloniale anglaise. Il est bien difficile d'imaginer une Angleterre mondiale privée de toute aristocratie.

En France, beaucoup d'esprits impartiaux pensent que les mœurs politiques ne sont pas en parfait accord avec l'idéal démocratique que l'on s'efforce depuis longtemps de réaliser L'idée d'autoritarisme ne paraît pas être morte avec l'ancien régime. La Révolution a brisé le miroir où se reflétaient les traits de la monarchie absolue. Mais chaque morceau de la glace brisée a reflété un tyran de dimensions diverses, un petit Louis XIV, un petit César, au geste énergique, à l'allure autoritaire. Personne ne peut plus dire : « L'Etat, c'est moi. » Beaucoup peuvent dire en revanche : « Ce morceau de l'Etat, c'est moi. » Les habitudes d'esprit de la royauté absolue lui ont survécu. C'est une survivance psychologique. Elle n'est pas née des institutions du présent, mais elle domine les institutions du présent. Il n'y a certainement pas accord entre les principes philosophiques et la pratique. Est-il nécessaire que cet accord existe? Un très grand peuple peut-il avoir des mœurs vraiment démocratiques? ne serait-il pas dangereux d'en hasarder brusquement l'expérience? faut-il tout faire à neuf pour mettre en théorie et pratique une harmonie qui disparaîtrait demain?

Les mœurs, l'état d'esprit d'un peuple peuvent être des sur-

vivances par rapport à ses institutions. Les institutions peuvent être des survivances par rapport aux tendances générales de la législation. Tout texte de loi qui ne serait plus rédigé aujourd'hui tel qu'il est rédigé, ne correspond plus à notre mentalité actuelle, mais à une mentalité plus ancienne. Il exprime les conceptions, les mœurs et la logique créatrice du passé. Par suite dès qu'une loi a un peu vieilli, elle devient une survivance. Il est des survivances très jeunes et très démodées; il en est de très antiques et pourtant très en faveur. Il ne faut d'ailleurs juger de leur utilité présente ni d'après leur âge, ni d'après leur degré de popularité ou d'impopularité.

En France, les huissiers — anciens sergents — ont été organisés pour les besoins de procédures très différentes des nôtres. Ils ont toujours été très impopulaires. De nos jours, on en demande à chaque instant la suppression. On pourrait, croit-on, avec l'organisation de la poste, se passer facilement de leur ministère. C'est, à mon avis, une grosse erreur. Dans l'état actuel des idées, il est certain que cet organisme ne serait pas constitué tel qu'il existe. On les remplacerait par un office de poursuite, des significations par la poste... etc. Il serait déplacé d'indiquer ici pourquoi la vieille institution est, même pour les besoins de la vie moderne, bien supérieure aux combinaisons que créerait l'esprit moderne.

L'archaïsme — du moins ce que nous appellerons ainsi — est un reste du passé sans utilité pour le présent. Il a conservé ses caractères et son rôle originaire; c'est une forme psychologique, sociale ou institutionnelle qui ne peut avoir de raison d'être que dans des sociétés très primitives. Leur existence dans une civilisation avancée est une anomalie. Certains sauvages, certains criminels sont des êtres archaïques; l'être archaïque vivant de nos jours peut se rapprocher de l'ancêtre du civilisé. A ce titre, il est toujours intéressant pour l'histoire. Mais il n'est pas certain qu'il en reproduise exactement les traits. Car l'être archaïque vivant de nos jours a son histoire personnelle, son évolution propre, qui a pu lui faire

acquérir certains traits originaux qui n'appartenaient pas au type primitif.

La marche vers la civilisation suit en général un ordre régulier en vertu duquel telle institution est suivie de telle autre et précédée de telle autre. Le clan est antérieur à la Cité, la Cité à l'Etat; la vengeance privée précède la répression par l'autorité publique; le matriarcat est, dans une même civilisation, antérieur au patriarcat.... Cet ordre dans la marche des institutions est régulier, mais non nécessaire. Il est réversible et interversible. L'histoire nous montre qu'un peuple peut fort bien abandonner des institutions avancées et revenir en arrière pour adopter des institutions beaucoup plus primitives.

§ 3. — **L'évolution progressiste.** — Il y a des gens qui croient au progrès et d'autres qui n'y croient pas. Les discussions de la conversation courante pas plus que les discours politiques sur la question ne peuvent guère servir de base à une opinion raisonnée, sans qu'il soit pourtant déraisonnable de se divertir aux unes et d'applaudir les autres. Mais il n'est pas difficile de réunir sur la question du progrès une riche littérature beaucoup plus sérieuse. De grands philosophes, de nombreux sociologues, des penseurs de catégories très diverses ont passé de longs jours pour ne pas dire de longues années à étudier le problème. Il y eut même des brillants congrès employés en entier à en examiner les divers aspects. Parmi ceux qui auraient tout lu et tout écouté, on trouverait encore des gens qui croiraient au progrès et d'autres qui n'y croiraient pas. Plutôt que de donner une opinion personnelle nous voudrions nous rendre compte de ce qui peut être contenu dans ces deux formules « croire au progrès » ou « ne pas y croire ». Ce travail est par lui-même assez complexe; il suppose la solution de trois groupes de questions au moins, car il est fort possible que quelques éléments du problème m'échappent :

1° — Quel est le sens du mot « progrès »? quelle peut être la nature logique de cette notion?

2° — Peut-il exister un progrès général pour l'ensemble de l'humanité ou une série de progrès spéciaux indépendants?

3° — Quelles sont les chances de réalisation du progrès ou des progrès ?

I. — *Notion du progrès.* — Au point de vue scientifique, le progrès est une augmentation de connaissance dans une discipline positive. Cette augmentation peut être constatée d'une façon précise pour toutes les époques. Il est donc possible d'affirmer scientifiquement que les sciences physiques et naturelles sont en progrès depuis telle date. Cette affirmation ne comporte aucun jugement de valeur. Cette augmentation de connaissance est aussi dans certains cas une augmentation de puissance. Cette constatation est encore du domaine de la logique positive. Le progrès scientifique ainsi compris est incontestable. Mais le progrès scientifique est-il un bien pour l'humanité ? Des esprits naïfs l'admettent sans plus et peuvent avoir alors dans l'avenir la plus entière confiance. Ils n'ont d'ailleurs ni raison, ni tort ; ils émettent un pur jugement de valeur qui demande à être justifié ou du moins expliqué. Il n'est pas faux de dire « le progrès est la marche vers le mieux ». Une telle formule, sans être jamais scientifique, n'est pas dépourvue de sens. Elle peut avoir des sens très divers.

Il existe plusieurs notions du progrès.

A. — Notion conventionnelle. — Supposons un certain nombre d'individus placés dans une certaine situation et capables d'imaginer une série d'autres situations qui seraient pour eux de plus en plus désirables. Se trouvant dans l'état *a*, ils sont tous d'accord pour reconnaître que *b* lui est préférable, que *c* vaudrait encore mieux et ainsi de suite jusqu'à *z*. Par convention, le passage de *a* à *b*, de *b* à *c*, etc., constituera logiquement un progrès. L'échelle du progrès repose sur un jugement de valeur commun à un certain nombre de personnes d'après lequel certains états sociaux sont classés dans un certain ordre.

Cette notion conventionnelle n'est pas purement théorique et inventée pour la circonstance. Elle est au contraire très pratique. Les jugements de valeur communs sont très fréquents

entre tous les hommes et ils servent inconsciemment de base d'appréciation. Deux individus nés dans les mêmes milieux, ayant subi les mêmes influences et de même capacité intellectuelle ont une très longue échelle d'appréciations communes et sont presque toujours d'accord pour affirmer que tel changement constitue un progrès ou n'en constitue pas un : leur accord avec leur entourage leur donne la conviction qu'ils raisonnent sur une base solide alors que leur affirmation est purement conventionnelle et arbitraire.

A cette échelle du progrès, en effet, peut s'opposer un nombre infini d'autres échelles qui en contredisent les termes et ont exactement la même valeur logique, car d'autres individus nés dans d'autres milieux, ayant subi d'autres influences et étant d'autre capacité intellectuelle ne placent ni le bien, ni le mieux dans les mêmes directions, ni dans le même ordre. Ces diverses conceptions sont toutes aussi justifiées les unes que les autres étant toutes relatives et conventionnelles.

Ce qui se fait en général par convention tacite peut être fait par convention expresse. Nous pouvons convenir d'appeler progrès tout déplacement d'un corps dans telle direction, toute transformation de nature dans tel sens. Il est alors possible d'affirmer qu'étant donné la convention tel changement constitue un progrès ou n'en constitue pas un. Mais le jugement de valeur qui pourrait résulter de cette affirmation n'aurait aucun autre sens logique, que la constatation d'un accord d'appréciation entre certains individus.

B. — Notion subjective quasi universelle. — Etant donné un être quelconque peut-on affirmer que ce soit pour lui un bien d'exister, un mal de ne pas exister ? que ce soit pour lui un bien d'avoir du plaisir, un mal d'avoir de la douleur ?

Ces deux propositions peuvent, au premier abord, paraître vrai d'une vérité objective et en dehors de toute convention, par le fait que tous ou presque tous les êtres animés veulent vivre et vivre heureux. Mais il faut remarquer que ces deux vérités si élémentaires ne s'accordent pas toujours entre elles, car, dans les cas où l'existence ne cause que de la dou-

leur, on ne saurait logiquement dire s'il faut continuer l'existence malgré la douleur, ou pour fuir la douleur fuir aussi l'existence. Le choix entre le maximun d'existence et le maximum de plaisir ou minimum de souffrance ne peut être qu'arbitraire. Or il est facile de constater que l'une et l'autre de ces deux notions prises comme criterium de progrès, conduisent à des échelles d'appréciation très différentes. Le maximum d'existence comporte le maximum de durée et le maximum de puissance. Il suppose bien souvent l'effort incessant, la peine, la privation. Le maximum de jouissance comporte le repos, la large consommation des richesses, une savante combinaison dans l'accumulation des plaisirs. « Courte et bonne », dit l'un. « Longue, dût-elle être pénible », répond l'autre. « Essayons de concilier l'un et l'autre dans la mesure du possible », dira un troisième, qui sera peut-être le vrai sage de la vie pratique, mais qui nous enlève du coup toute conception logique du progrès pour lui substituer de vagues impressions personnelles.

Logiquement, il faut dire qu'il y a pour chaque être deux façons de progresser complètement indépendantes et qu'il ne faut pas confondre : s'accroître en existence, s'accroître en plaisir. Le jugement de valeur sur lequel s'appuient ces deux notions du progrès ne sont pas purement conventionnelles, mais basées sur la subjectivité presque universelle des êtres vivants : en ce sens que tous désirent vivre heureux, mais chacun à sa façon de comprendre comment de la vie il faut retirer le bonheur.

C. — Notion métaphysique. — La croyance à la transcendance du beau, du bien et du juste dirige consciemment ou inconsciemment la plupart des appréciations humaines. Sans doute, on s'est efforcé bien souvent de réduire ces trois notions au relatif, mais les réduire au relatif équivaut logiquement — ainsi que nous l'avons vu — à les annihiler. Dire que l'art est une question de mode ; la morale, une question d'habitude ; le Droit, une question de politique ; vider ces trois disciplines de tout contenu métaphysique, c'est se refuser

logiquement la possibilité d'apprécier les choses au point de vue du beau, du bien et du juste. Car entre deux individus dont l'un affirmerait, l'autre nierait la supériorité d'une chose sur une autre, à ce triple point de vue, il serait totalement impossible de dire que l'un a tort, l'autre raison.

Mais le caractère transcendental et absolu des trois conceptions n'est qu'une pure hypothèse, qui restera toujours une hypothèse et qu'aucune déduction ni aucune expérience ne peut transformer en donnée positive. A ce titre nous nous trouvons dans le domaine de la métaphysique. Ce domaine n'est pas inaccessible à la logique humaine, car un raisonnement hypothétique peut être conduit avec la même rigueur qu'un raisonnement non hypothétique.

Il faut toutefois avoir établi la formule, correspondant à la conception abstraite. Pour le Beau, ce serait très difficile, peut-être même impossible. Pour le Juste au contraire le *suum cuique* en donne une définition très satisfaisante.

Par suite, nous pouvons dire logiquement que le Droit est en progrès métaphysique lorsque ses diverses dispositions se rapprochent davantage du *suum cuique*. Cette constatation peut être faite avec autant de certitude que l'intelligence est susceptible d'en avoir sur n'importe quelle question. Mais le progrès métaphysique ne signifie pas progrès général du Droit. Car un droit en progrès au point de vue de la Justice pourrait être en recul en ce qui concerne son efficacité, son utilité, sa technique. Le progrès général du Droit devrait être constitué d'une série de progrès particuliers difficiles à énumérer et plus encore à constater.

Il en serait de même du progrès moral. En elle-même cette expression n'a pas de sens, la morale n'étant pas une discipline homogène, mais contenant des éléments divers parfois contradictoires. La morale métaphysique s'y oppose à la morale rituelle ou sociale. La morale métaphysique étudie le Bien métaphysique, qui comme le Juste est susceptible d'être formulé. Le Bien métaphysique consiste à s'abstenir de causer à tout être vivant le moindre mal et à lui procurer le plus de

plaisir, le tout dans la mesure du possible. Elle juge les actes par le bien ou le mal qu'ils peuvent causer ou qu'ils sont destinés à accomplir.

La morale sociale ou rituelle engage les individus à se conformer à certains usages ouvertement approuvés par la société dans laquelle ils vivent. Elle est un produit de la pensée collective, telle que nous l'avons interprétée. Chaque mode de groupement pour se maintenir tel qu'il existe a besoin d'une morale, par suite le même individu appartenant à plusieurs groupes aura plusieurs morales, parfois contradictoires. Supposons un député faisant partie d'un cercle où l'on joue; en tant que député il se refusera à sanctionner la dette de jeu comme ayant une cause immorale; en tant que membre du cercle, il prendra les sanctions les plus sévères pour en assurer le paiement. A côté des morales sociales officielles, il existe toujours des morales sociales non officielles souvent violemment combattues par l'Etat. Pour simplifier ne parlons que de la morale sociale officielle en opposition avec la morale métaphysique.

Il est impossible que les deux morales soient toujours en parfait accord. Reposant sur des bases différentes, elles peuvent être tout aussi bien en discordance qu'en concordance.

Leur rivalité est même d'un très grand intérêt pour la compréhension de l'histoire. On a vu apparaître bien souvent des grands cœurs et des grands esprits qui ont eu pour la morale métaphysique une préférence très marquée. L'Evangile notamment constitue le plus grand effort pour faire prédominer le Bien abstrait sur les conceptions sociales du moment. Le Christ déclare maintes fois que des crimes sociaux — manquement au Sabbat, adultère de la femme — on a considérablement exagéré l'importance; il met au-dessus de tout la loi de charité qui par l'amour du prochain conduit au Bien métaphysique: éviter à autrui des souffrances, lui procurer autant de bonheur qu'il est possible. Mais lorsque le christianisme eut à sa charge l'organisation de la société, il rendit à la morale rituelle, prédominante dans la Bible, toute sa rigueur. C'est l'histoire de bien des mouvements religieux.

La morale rituelle est une force d'organisation, elle se justifie par son utilité. Toute réflexion, tout mouvement du cœur est de nature à en détruire l'autorité. Elle ne peut se maintenir que par l'habitude et par la violence. C'est pour elle qu'est vraie la belle réflexion de Durkheim sur la fonction de la peine : elle a surtout pour but de maintenir la morale sociale. Certains actes ne sont odieux que parce qu'ils sont sévèrement punis par le Droit ou la réprobation générale, qui est presque toujours un châtiment matériel autant que moral. A celui qui attaque par la logique le rite du moment et dit à la morale sociale : « frappe, mais écoute », elle ne peut que répondre : « je frappe, mais n'écoute pas ». Car si le violateur du rite parvient à se faire écouter — ce qui arrive tôt ou tard — le rite est condamné, la société désorganisée pour quelque temps ; il faut reconstituer un nouveau rite qui régnera jusqu'à ce qu'un énergique contradicteur vienne le détruire à son tour.

Par instinct, les sociétés se montrent infiniment plus sévères dans la répression des crimes rituels, que dans la violation de la morale métaphysique. On punit plus sévèrement les fautes qui ne font tort à personne que celles qui occasionnent du tort. Il y a peu, un spirituel chroniqueur s'étonnait de voir acquitter un soldat qui avait révolvérisé sa fiancée et les parents de sa fiancée, alors que le même jour et dans les mêmes conditions un autre soldat était sévèrement condamné pour bigamie. Et le chroniqueur de conclure : « C'est peut-être très social, très moral, mais ce n'est peut-être pas très humain. »

Pas humain ! mais c'est une grosse part de l'histoire de l'humanité. Comme tous les rites se valent, la substitution d'une morale rituelle à une autre morale rituelle ne saurait constituer un progrès. La morale métaphysique est seule susceptible de progrès. Par suite, de même qu'il est impossible d'affirmer que le Droit dans son ensemble progresse en se rapprochant du Juste, il est impossible d'affirmer que la morale dans son ensemble progresse en se rapprochant du Bien.

D. — Notion rationnelle. — L'examen logique des notions sociales ne doit pas servir à la condamnation de leur compréhension rationnelle. Le rationnel ne peut pas servir de base à une interprétation philosophique du Droit et de l'histoire, mais dans la vie courante et pratique, le rationnel a la plus grosse part. Il ne faut pas que le rationnel ait des prétentions injustifiées ; il faut reconnaître son rôle considérable dans l'existence. La conception rationnelle du progrès est formée par la juxtaposition des trois notions conventionnelle, subjective et métaphysique. Cette juxtaposition n'est pas justifiée en logique ; elle l'est en pratique.

Chaque homme ne poursuivant que des buts limités et qui lui sont souvent indiqués par son milieu et son entourage, peut se rendre assez facilement compte que ses buts sont purement relatifs et conventionnels. Deux joueurs jouant sans enjeu ne voient pas leur situation modifiée par la couleur des cartes qu'ils ont entre les mains ; à chaque point qu'ils marquent à leur actif, ils croient faire un progrès. Les joueurs pour qui l'enjeu est purement imaginaire sont fréquents en ce monde et ne sont pas les moins passionnés ; leur conception du progrès est purement conventionnelle.

Toutefois chacun s'efforce de provoquer des changements de situation dans l'espoir que ces changements lui apporteront plus de puissance ou plus de bonheur pour lui ou les siens. S'il y réussit, il se considére en progrès dans le secondsens du mot.

Enfin chaque fois qu'une solution juste vient remplacer une solution injuste, qu'une cause de souffrance disparaît et qu'une cause de joie ou de bonheur vient à se produire, le gros public l'appellera aussi un progrès dans le sens métaphysique du mot.

Confondant en une seule ces conceptions diverses, le gros bon sens en construit une abstraction douée d'un très grand prestige, une sorte de divinité qu'il suit partout où il croit la voir se diriger. C'est parfois heureux, pour lui ; parfois malheureux. Mais la foi est en elle-même une récompense.

II. — *Progrès général ou spécial.* — Il y a donc dans la

notion vulgaire du progrès, une première défectuosité. Confusion du mieux scientifique, conventionnel, de subjectivité générale et métaphysique, notions de nature essentiellement différentes et totalement indépendantes. Ce n'est pas tout. Supposons qu'il existe un « mieux » ayant un sens précis et unique et logiquement définissable. Sera t-il possible en comparant deux instants d'une même civilisation d'affirmer « il y a progrès » ou « il n'y a pas progrès » et que faudra-t-il faire pour cela.

1re Hypothèse. — Tous les éléments de civilisation de la seconde période mis côte à côte sur l'échelle du mieux se sont trouvés supérieurs aux éléments correspondants de la première période. Dans ce cas, il sera légitime d'affirmer qu'il y a progrès général. Il y a malheureusement fort peu de chances pour que cette hypothèse se réalise une seule fois ; il est presque certain qu'elle ne se réalisera pas toujours ; il est tout à fait certain qu'elle ne s'est encore jamais réalisée dans les périodes historiques.

2me Hypothèse. — La comparaison aboutit à révéler certaines supériorités et certaines infériorités chez l'une et l'autre des deux périodes. Est-il légitime d'établir une sorte de moyenne et d'en donner la résultante comme preuve de progrès ou de recul ?

Ainsi la première période est supérieure de dix points en morale, en hygiène, etc... .la seconde l'emporte sur la première de vingt points en matière artistique, en richesse... etc... et le total des deux additions montre une avance de dix points au profit de l'état le plus récent, peut-on de ce fait le déclarer en progrès ? Rien n'interdirait évidemment de s'amuser à établir un pareil calcul ; il n'aurait aucun sens, car on aurait compris dans une même opération arithmétique des objets de nature différente et qui ne sont pas comparables entre eux. Par suite, comme on l'a fort bien dit, s'il peut exister des progrès pour chacun des éléments de la civilisation, il ne saurait exister un progrès global et général pour l'humanité ou une portion de l'humanité.

Il n'existe donc que des progrès spéciaux et indépendants les uns des autres et très souvent même en opposition. Cette spécialisation doit être même poussée assez loin. Ainsi dire qu'un Droit est en progrès sur un autre Droit n'a aucun sens. Car le Droit est composé d'éléments disparates : il peut progresser en technique, reculer par rapport à l'idée de justice, par rapport à la morale, par rapport à l'utilité pratique .. etc... On ne peut comparer une technique juridique qu'à une autre technique juridique et chacun des autres éléments à d'autres éléments correspondants et de même nature. Sinon toute comparaison n'aurait aucun sens logique.

III. — *Chances de réalisation des divers progrès et les destinées de l'humanité.* — Deux opinions extrêmes et en sens contraire doivent avant tout être éliminées : la nécessité des progrès ; l'impossibilité des progrès.

Il est évident, dans l'état de nos connaissances, qu'aucun progrès ne doit certainement, nécessairement, être réalisé dans aucun élément de la civilisation humaine et encore moins dans son ensemble.

Il est tout aussi évident que dans chaque élément de la civilisation le progrès est possible.

La nécessité ou l'impossibilité du progrès sont l'une et l'autre réfutées par le fait déjà établi que toutes les lois de réalisation sont inexistantes ou inaccessibles à l'intelligence humaine.

Que sera l'humanité de demain ? Aucune science ne peut donner une réponse certaine ; quelques probabilités tout au plus. Il est beau et réconfortant de voir dans un mouvement d'éloquence un orateur jurer avec autant d'enthousiasme que Démosthène jurait sur les héros de Marathon, l'immortalité de telle ou telle conception humaine et sa prédominance dans l'avenir. La dure réalité ne permet pas que les conceptions vivent quand les cerveaux cessent de vivre. Elle ne donne pas à tous les cerveaux humains la même force intellectuelle. Qu'il s'agisse de vie pratique, de science, d'art, de philosophie, de Droit, la physiologie cérébrale est à la base de tout.

Les combinaisons cérébrales qui se forment à l'heure actuelle par mélange de sang sont les bases de l'avenir de l'humanité et nous ne les connaissons pas. Peut-être seront-elles heureuses pour telle ou telle discipline ; peut-être pour toutes peut-être pour aucune.

Les divers facteurs de développement des peuples repris chacuns à leur tour se refuseraient à donner un appui quelconque aux deux thèses extrêmes : nécessité, impossibilité du progrès.

Donc toute discipline humaine peut avancer et peut reculer. Les chances d'avance et les chances de recul sont incalculables. Mais parmi les disciplines humaines certaines ont beaucoup de chances de progresser et de progresser vite ; d'autres, au contraire, ont peu de chances de progresser et ne peuvent progresser que très lentement. Le savoir humain se porte en avant d'une très belle allure lorsqu'il peut enregistrer ses résultats ; ses succès sont éphémères et sans lendemain lorsqu'il ne peut enregistrer ses résultats.

Les résultats d'un travail intellectuel humain sont enregistrés, c'est-à-dire acquis à une civilisation et à l'humanité, dans la mesure où un plus grand nombre de personnes peuvent se les approprier et les utiliser immédiatement. Plus l'effort intellectuel pour l'utilisation d'un objet inventé est minime, mieux il est enregistré et conservé dans l'espèce humaine, mieux il est à l'abri de tout risque de dégradation ou de disparition. Par suite une science progresse d'autant plus que l'écart intellectuel entre l'inventeur et l'assimilateur peut être plus considérable. Entre l'effort intellectuel nécessaire à l'invention de la télégraphie sans fil et l'effort intellectuel nécessaire à son utilisation, il y a un abîme. L'humanité pourrait tomber bien bas, tout en conservant la pratique de toutes les inventions modernes.

Certains efforts intellectuels n'enregistrent pas leurs résultats ; c'est-à-dire qu'ils ne servent à rien où à pas grand'chose, parce que l'écart intellectuel entre le créateur et l'assimilateur ne peut-être que minime. Dans toutes ces disciplines,

comprendre c'est égaler. Et celui qui peut égaler ne passera pas sa vie à comprendre. Pour bien comprendre Platon, il faudrait égaler Platon ; et celui qui égalerait Platon ne se résignerait pas à passer sa vie à le comprendre. Il ferait autre chose, une nouvelle création qui ne serait, elle non plus, jamais complètement comprise.

Phidias, Iktinos et Kallikrates n'ont transmis à personne la recette pour faire un Parthénon. Depuis des siècles, tous les architectes peuvent l'étudier dans ses plus petits détails sans en retirer grand profit. Dans le Droit, les vieux jurisconsultes sont vite oubliés ; les plus grands efforts intellectuels restent souvent ignorés ; à chaque génération tout s'écroule, le bon avec le mauvais.

Presque toutes les disciplines purement intellectuelles sont sujettes à des effondrements très rapides dès que diminue tant soit peu le niveau des intelligences. Ceux qui vivent dans ces périodes ne s'en aperçoivent pas d'ailleurs. Seuls, les historiens de l'ensemble de la civilisation peuvent constater ces rapides décadences au lendemain des périodes les plus brillantes et en qui on pouvait avoir le plus d'espoir.

Par malheur, les disciplines qui ont le plus de chance d'enregistrer leurs progrès et de se développer de plus en plus vite, ne sont plus indispensables à l'humanité et lui sont peut-être plus nuisibles qu'utiles. La vieille lutte de l'homme contre la nature est terminée depuis longtemps. L'homme n'a plus guère d'ennemi que lui-même et ce qu'il a créé. C'est encore beaucoup. Il serait à souhaiter que les disciplines intellectuelles marchent du même pas que les disciplines pratiquement scientifiques. C'est peut-être possible ; pas certain.

§ 4. — **Constructions métaphysiques sur l'évolution et l'histoire.** — Il se pourrait fort bien que tous les facteurs de l'histoire tels que l'observation et la logique humaine nous permettent de les dégager n'aient sur l'évolution historique qu'une influence purement apparente et que la vraie cause, force supérieure, nous soit tout à fait inconnue, peut-être

même tout à fait incompréhensible. Cette hypothèse ne doit pas être considérée en elle-même comme déraisonnable. Dans ce cas, l'intelligence resterait impuissante à pénétrer l'histoire ; l'imagination seule pourrait tenter d'y parvenir plus ou moins vaguement.

Un grand nombre de théories sur la philosophie de l'histoire ont pour but de « découvrir le plan caché de l'univers ». Ce plan étant caché à l'investigation logique, ne peut être deviné que par invention et, pour si ingénieuse que soit cette invention, elle ne saurait donner à son œuvre aucun caractère de certitude ni même de probabilité. Cette œuvre restera toujours métaphysique et constructive ; elle restera toujours un assemblage arbitraire de données hypothétiques donnant de l'univers un aperçu plus ou moins plaisant et harmonieux, sans que cette harmonie puisse lui conférer un caractère de réalité ou de vraisemblance. C'est la Weltanschauung et toutes les Weltanschauungen ont la même autorité aux yeux de l'intelligence.

Ce n'est pas que ces constructions métaphysiques soient méprisables et inutiles. Bien loin de là. Des esprits de la plus grande envergure ont consacré leurs plus grands efforts à interpréter le cours de l'histoire au moyen de conceptions métaphysiques, et, en ce faisant, ils ne se sont pas fourvoyés. Les constructions métaphysiques ont au moins cette double utilité :

1° — Comme toute construction, elles présentent les événements sous une forme synthétique, plus facilement compréhensible. Elles évitent à l'esprit de se perdre dans les détails : elles augmentent l'intérêt du particulier en le faisant découler d'idées générales et permettent, jusqu'à un certain point, de se retrouver par voie de déduction dans le domaine du concret. Telle est aussi la fonction de la construction juridique.

2° — Au point de vue philosophique, elles mettent en relief toutes les énigmes dissimulées derrière les notions les plus positives. Elles montrent combien l'homme et sa petite logique reste noyé dans l'immense univers ; elles l'engagent

à la modestie, même à l'égard des vérités qu'il croit les plus certaines.

Le grand danger pour tous ceux qui possèdent une Weltanschauung est de lui attribuer une valeur objective et positive. Le philosophe Iselin donna à ses spéculations sur la philosophie de l'histoire le titre de *philosophische Mutmassungen über die Geschichte der Menschheit* « Conjectures philosophiques sur l'histoire de l'humanité ». L'expression *Mutmassungen* est parfaitement exacte et indique à merveille la portée de tels travaux.

II. — Nous n'avons nullement l'intention de discuter ni même de citer les nombreux systèmes d'interprétation métaphysique du monde et de l'histoire. On peut toutefois opposer les systèmes théistes aux systèmes panthéistes.

Les systèmes théistes commentent l'adage connu : « L'homme s'agite et Dieu le mène. » Un Dieu tout puissant, éternel. éternellement parfait, dirige l'histoire du monde et les destinées humaines. L'homme fait à l'image de Dieu peut en comprendre les qualités et les volontés et connaître par là même les directions du progrès.

Les panthéistes repoussent cette théorie comme surannée et anthropocentriste. Pour eux, Dieu est le monde lui-même. Il se crée au cours de l'histoire et se dirige vers la perfection. Tous ses éléments sont à la fois nature et esprit, ils participent tous à la sagesse universelle.

Les deux systèmes sont aussi justifiés et aussi arbitraires l'un que l'autre. Toute intelligence humaine qui veut réfléchir sur la divinité est obligée de choisir entre deux alternatives.

S'il veut s'en faire une idée claire, il est toujours plus ou moins obligé de se déifier lui-même, de prêter à l'Etre suprême ses pensées, ses sentiments, sa façon de vouloir et d'agir. Son Dieu sera alors une pure création de son cerveau. un être purement anthropomorphique dont l'existence telle que est bien peu probable.

Celui qui veut au contraire échapper au reproche d'anthropomorphisme, s'efforce d'enlever tout attribut humain à la

personnalité divine. Mais à chaque attribut humain quidisparaît la figure devient plus pâle : elle s'efface graduellement et finit dans le néant. Ce n'est que par une vieille habitude du langage que l'on peut conserver une supériorité quelconque à cet être inexistant. L'homme ne peut adorer ce qu'il ignore ; c'est pourquoi la perfection, le progrès, l'avenir des panthéistes et par suite leurs constructions historiques ne peuvent avoir aucun intérêt. La « Pensée » de Hegel avait quelque chose d'humain et partant de compréhensible. La « pensée inconsciente » des nouveaux hégéliens commune à l'ensemble de l'univers est peut-être plus près de la réalité. Mais elle ne signifie plus rien pour nous ; et on ne voit plus guère quel intérêt il peut y avoir à travailler à son développement qui peut tout aussi bien aboutir au néant universel.

L'évolution créatrice de Bergson est par certains côtés construction métaphysique, par certains côtés construction logique. La substitution de l' « intuition » à l'intelligence comme mode de connaissance risque d'aboutir à renverser l'échelle de l'intellectualité et à mettre les modes inférieurs de la pensée au-dessus des modes supérieurs. L' « élan de vie », force créatrice qui dirige l'histoire, est une conception mystérieuse et hypothétique.

A l'inverse, Bergson se rapproche d'une logique positive en ce sens que l'évolution créée par la vie est pour lui contingente, qu'elle n'est pas prédéterminée, et qu'il n'y a pas semble-t-il d'après ses idées de plan de l'univers compréhensible pour l'homme et que l'homme ait un intérêt quelconque à voir aboutir.

Enfin le progrès spencérien malgré ses prétentions au positivisme n'a qu'une valeur constructive, ce qui serait facile à établir si nous avions le temps de reprendre les critiques qui lui ont été adressées. Cela n'en supprime pas l'intérêt.

LITTÉRATURE SUR L'ÉVOLUTION, LA TRANSFORMATION LE PROGRÈS

Hæckel. *Kristallseelen. Studien über das anorganische Leben.* Leipzig 1917, compte-rendu de Drews, *Preuss. Jahrb.* 1918, p. 180. « Wie bei den Organismen ist auch bei den Kristallen das Wachstum abhängig von der Nahrungszuführung und hört auf, der Kristall verfällt dem Scheintod, seine lebendige Kraft geht in potentielle oder latente Kraft über, wenn jene Zuführung nicht genügend ist ; dabei kann das Individuum oft langezeit, Jahrhunderte und Jahrtausende hindurch im Zustande des Scheintodes verharren. »

A. Fouillée. *L'évolutionnisme des idées forces.* P. 53. « L'évotion mécanique présuppose des lois plus radicales encore dont elle n'est que le complexus. Les êtres évoluent, selon nous, parce qu'ils ont essentiellement tels modes d'agir et de pâtir, telles appétitions élémentaires et telles sensations élémentaires. Le *processus réel* de la nature qui aboutit à faire tomber un corps est tout différent de ce que nous appelons la *loi* physique de la chute des corps ; la nature ne connaît pas cette loi et même probablement aucune loi, toute loi étant une formulation mentale et un symbole. Métaphysiquement, le corps ne peut tomber qu'en vertu de certaines actions et passions, de certaines énergies intimes. Ou bien nous ne pouvons nous faire de ces énergies aucune représentation, quelle qu'elle soit, pas plus une mécanique qu'une autre, ou ne pouvons nous en faire qu'une représentation par analogie avec nous, avec ce que nous faisons et sentons nous-mêmes. Il faut donc se souvenir que l'évolution n'est pas une loi antérieure aux facteurs mêmes et les régissant comme un code, mais qu'elle est la *forme* et le *signe* du processus appétitif qui constitue l'existence en nous et vraisemblablement en toutes choses. »

Kovalewski. Préface à *La Sociologie génétique* de Cosentini. P. 1. « Depuis des années, le public lettré, désireux de connaître le passé préhistorique de l'homme, est dans l'impossibilité de se frayer une voie à travers une masse prodigieuse de faits et de théories, qui se combattent plus qu'ils ne se soutiennent. Un scepticisme outré, ou ce qui ne vaut guère mieux un éclectisme optimiste, enclin à s'accommoder de tout, à admettre les origines les plus fantastiques et les plus contradictoires à l'évolution humaine, finit par s'emparer des esprits. »

P. 75. « Les métaphysiciens profitent de notre embarras de richesse, de notre incapacité et de notre nonchalance à tirer des conclusions générales, pour reprendre leur ancien refrain d'idées innées, d'impératifs catégoriques de l'esprit, de droit naturel. »

Ribot. *L'évolution des idées générales.* C'est une vérité banale que l'abstraction à ses degrés comme le nombre a ses puissances, mais il ne suffit pas de l'énoncer : l'important serait de fixer ces degrés par des marques nettes, objectives, non arbitraires... En conséquence, on s'est attaché à établir que le développement progressif de ces trois opérations de l'esprit comprend trois grandes périodes : celle des abstraits inférieurs, précédant l'apparition de la parole, se passant du mot (non de tout signe) ; celle des abstraits moyens, accompagnée du mot, dont le rôle d'abord accessoire grandit peu à peu ; celle des abstraits supérieurs, où le mot existe seul dans la conscience et correspond à une substitution complète....

« .... Nous trouverons notre matière et nos principales sources d'informations : pour les abstraits inférieurs, dans les actes des animaux, des enfants, des sourds-muets non éduqués ; pour les abstraits moyens, dans le développement des langues et les documents ethnographiques des peuples primitifs et demi-civilisés ; pour les abstraits supérieurs, dans la constitution progressive des notions et théories scientifiques et des classifications. »

Menzel, *Recenz üb.* Barth. *Die Philosophie der Geschichte als Soziologie. Archiv f. Recht. und. Wirtsch.-Philos.* 1916, X, p. 107. « Was nun zunächst den Gedanken anlangt, dass die politische Entwicklung auf eine wachsende Theilnahme des Einzelnen an der Staatsregierung gerichtet sei, so scheint mir die Weltgeschichte in dieser Beziehung Schwankungen aufzuweisen. An die Stelle der antiken Demokratie tritt die römische Weltherrschaft mit einem stets zunehmenden absolutistischen Charakterzuge. Ebenso wird die alte germanische Volksgemeinde von Feudalismus abgelöst, welcher gewiss nicht eine Zunahme der Autonomie des Einzelnen bedeutet....

Wenn Barth in diesen Hemmungen der zunehmenden Autonomie nur vorübergehende Rückschläge erblickt, so ist das Ansichtssache. Mit grösserem Rechte könnte man aber auch eine *Wellenbewegung*, ein fortwährendes Schwanken zwischen Individualismus und Universalismus, zwischen strenger Unterordnung und freier Selbstbestimmung des Einzelnen als Ergebnis der historischen Entwicklung feststellen. »

Gottfried Keller. *Martin Salander.* Ed. Hertz, p. 160.
« In diesem Lichte gesehen, sei der Fortschritt nur ein blindes Hasten nach dem Ende hin und gleiche einem Laufkäfer, der

über eine runde Tischplatte wegrenne und, am Rande angelangt, auf den Boden falle, oder höchtens dem Rande entlang im kreise herum laufe, wenn er nicht vorziehe, umzukehren und zurück zurennen, wo er dann auf der entgegengesetzten Seite wieder an den Rand komme. Es sei ein Naturgesetz, dass alles Leben, je rastloser es gelebt werde, um so schneller sich auslebe und ein Ende nehme ; daher, schloss er humoristisch, vermôge er es nicht gerade als ein zweckmässiges Mittel zur Lebensverlängerung anzusehen, wenn ein Volk die letzte Konsequenz, deren Keim in ihm stecke, vor der Zeit zu Tode hetze und damit sich selbst. »

Burckhardt. *Weltgeschichtliche Betrachtungen*, éd. 1905, p. 254.

« Eine optische Täuschung spiegelt uns das Glück in gewissen Zeiten, bei gewissen Völkern vor, und wir malen es nach Analogie der menschlichen Jugend, des Frühlings, des Sonnenaufgangs und in andern Bildern aus. Ja wir denken es uns in einer schönen Gegend, in einem bestimmten Hause wohnhaft, etwa wie abendlicher Rauch aus einer entfernten Hütte die Wirkung hat, dass wir uns eine Vorstellung von der Innigkeit dir dort Wohnenden machen. . . . .
. . . Es ist eine Art von literarischem Konsensus, allmählich angehäuft aus Wünschen und Räsonnements der Aufklärung und aus den wahren oder vermeinten Resultaten einer Anzahl vielgelesener Historiker. Auch verbreiten sie sich nicht absichtslos, sondern sie werden oft publizistich verbraucht zu Beweisen, für oder gegen bestimmte Richtungen der Gegenwart. Sie gehören mit zu dem umständlichen Gepäck der öffentlichen Meinung und tragen zum Teil sehr deutlich (schon in der Heftigkeit resp. Grobheit ihres Auftretens) den Stempel der betreffendem Zeitlichkeit. Sie sind die Todfeinde der wahren geschichtlichen Erkenntnis. »

Bethe. *Hamburgische Wochenschrift*. Jan. 1901.

« Die Geschichte der christlichen Welt ist nicht ein zweiter und dritter Akt der Weltgeschichte, sie ist die Wiederholung des gleichen grossen Dramas vom Menschen : wie der kindlische, tierische, der ungebändigte Instinkt heranreift in Not und Arbeit, wie er das Bewusstsein seines Selbst findet, wie er dann den Glauben verliert erst an Gott, dann an die Menschen, endlich an sich Selbst. wie er verkommt in Lust und Neid und ewig ungenügender Selbstsucht.

So ist die Geschichte der Antike vorbildlich für die unsere : wir lesen in ihr wie in einem Spiegel.

Die griechische Geschichte beginnt wie die germanische mit Völkerwanderungen, grossen Jahrhunderte dauernden Schiebun-

gen, furchtbarsten Kämpfen, bis zur Vernichtung ganzer Stämme. Die Grenzen der alten Heimat zerspringen. Endlich werden neue Sitze gewonnen, behauptet : die wirren Massen gliedern sich, Staaten entstehen.

. . . .

EDUARD MEYER. *Histoire de l'Antiquité.* Trad. DAVID 1912. T. I. p. 198. « Ce que l'individualité peut produire de plus haut, c'est l'idée. Elle est la création d'un individu ; mais elle n'acquiert sa forme historique que par la coopération de plusieurs qui la modifient et l'élaborent complètement. Elle obtient alors des légions de partisans. ...Mais lors même qu'elle réussit à vaincre les idées adverses et les forces qu'elles ont derrière elles et à conquérir... la pleine souveraineté, elle tombe du coup sous l'empire des facteurs universels : elle est entrée du monde des pensées dans le monde réel des phénomènes, et, par suite subit les conditions qui le régissent. Ainsi s'explique que toute idée dès qu'elle se réalise tourne en son contraire : car nulle pensée ne saurait embrasser le réel dans sa totalité. Ce renversement des idées se manifeste dans tout le développement historique : c'est sur lui que repose le tragique de l'histoire, qui est assez souvent devenu, chez les créateurs des idées les plus hautes, le tragique de la vie individuelle...

... Toute l'histoire de la religion, de l'art, de la science, est dominée par ce renversement de l'idée par où le principe de liberté se transforme en principe de contrainte, par où l'idée en conséquence, sous l'empire des facteurs généraux, se mue en son contraire, dans toutes les formes qu'elle revêt. Par là même est alors provoquée la réaction, la naissance d'une nouvelle idée, qui dépouille l'ancienne de la souveraineté, et, par là même, succombe à son tour au même destin. Ainsi la lutte ne cesse jamais de se répéter, et, avec elle, le cycle des phénomènes historiques ; mais dans chaque cas particulier, l'aspect singulier des facteurs agissants et partant aussi le résultat différent. Par là s'expliquent à la fois l'unité interne et l'infinie variété de l'histoire. »

GIRARD. *L'enseignement du Droit Romain en 1912. Nouv. Rev. histor. de Droit.* 1912. « Enfin sur le terrain historique, le Droit romain nous fournit peut-être le champ le meilleur qu'il y aura jamais, en tous cas le meilleur qu'il y ait aujourd'hui pour étudier au sujet des institutions d'un peuple déterminé, la façon dont les institutions naissent, grandissent et dépérissent suivant un rythme dont la recherche est à la fois la partie la plus délicate de la sociologie et le meilleur remède contre les deux dangers que peut courir l'esprit du jurisconsulte: celui de considérer les lois d'un temps et d'un lieu comme des faits immuables et universels et celui de les prendre à l'inverse pour des accidents purement artificiels, dépendant exclusivement de l'arbitraire du législateur. »

RICHARD. *L'idée d'évolution.*

P. 224. « Le terme de survivance est vague et nous l'adoptons faute d'un terme meilleur. On s'en sert pour désigner des faits assez distincts. A notre avis, la survivance se reconnaît à deux caractères : le premier est qu'elle est reçue telle quelle du passé social, sans être rattachée à aucune cause finale, le second est qu'elle ne dépend pas de l'hérédité physiologique. Bref, elle atteste l'action automatique des morts sur les vivants, mais sans aucun mécanisme physiologique.....

Les survivances concrètes se rencontrent dans la vie de l'Etat, dans la vie économique et dans la vie domestique. La féodalité, l'Etat romain, la Cité antique elle-même ont laissé des traces visibles dans le droit public de l'Europe moderne.

Nous venons de citer l'exemple de la *nobility* anglaise.

La notion française de la souveraineté est encore celle de l'Imperium et de la Potestas romains. »

R. MICHELS. *Le caractère partiel et contradictoire du progrès. Inst. intern. de sociol.*, 1913, p. 460.

« A l'aide des exemples que nous avons tirés de l'histoire, c'est-à-dire de cette série interminable de petits progrès et de petits regrès, alternant sans ordre ni but préétabli, de ces corsi e ricorsi, comme aurait dit Vico, nous nous sommes proposés avant tout de montrer une chose : le caractère presque toujours incertain et toujours unilatéral, contradictoire et partiel du progrès..... Les manifestations et activités de la vie humaine n'étant pas comparables entre elles, ni additionnables, on ne peut même pas constituer une résultante, ni établir un rythme quel qu'il soit du progrès. Tout au plus peut-on constater certaines concomitances, certaines périodicités. Encore faudrait-il, pour trancher toute difficulté et rester rigoureusement scientifique, nier *le progrès* dans le sens global du mot, et n'admettre que *des progrès* bien définis et dans des sujets bien déterminés. »

PARETO. *Systèmes socialistes.* I, p. 53,

« On n'a pas abandonné l'idée d'une morale type ; seulement elle a été placée au terme de l'évolution, dont elle est l'aboutissement, soit d'une façon absolue, soit d'une façon temporaire. Il est bien évident que cette morale type, élaborée par l'auteur qui la propose, est meilleure que toutes celles qui l'ont précédée. C'est ce que l'on peut montrer, si on le désire, à l'aide d'une autre très belle et, de nos jours, très puissante entité métaphysique, le *Progrès,* qui nous certifie que chaque terme de l'évolution marque un état meilleur sur le terme précédent et qui empêche, grâce à certaines de ses vertus occultes mais néanmoins très efficaces, que cet état puisse empirer. »

Camille Revel. *Le hasard.*

P. 151. « On ne peut pas dire que l'Oriental nous méprise ; il traite le monde occidental en monde d'enfants. Vous entrez, par vos sciences appliquées, nous fait-il comprendre, dans une nouvelle période d'essais. Vous suivez un chemin en apparence plus large, plus haut et plus riche en variétés que celui suivi par les Anciens ; mais persuadez-vous bien qu'entre la joie et la douleur, le rapport restera toujours ce qu'il a été : une tendance à l'Unité ; vous ne résoudrez pas mieux que nos pères le problème du bonheur.

Vous regardez avec orgueil vos moyens rapides de communication qui facilitent le travail et multiplient les commodités ; mais ces mêmes moyens transportent des armées et les engins terribles chargés de les détruire. »

Note même page. « Nous nous demandons si, un jour, les peuples ne formeront pas une ligue contre la science ; cette science qui est l'idole d'aujourd'hui. Nous nous demandons si on ne brisera pas les statues des savants ; si on ne brûlera pas ces palais de l'Etude dont nous sommes si fiers. En bonne conséquence de nos principes, nous dirons que ces monuments ne méritent pas plus l'admiration que l'aversion ; ils marquent les étapes du progrès qui, nous l'avons vu, est la *nécessité* du changement, non la marche vers un meilleur définitif. »

A. Ferrière. *Loi du progrès,* p. 661.

« Rêves d'utopistes ? — Réalité de demain.

Ce demain surgira dans vingt ans, dans cent ans, dans mille ans : n'importe. Le progrès est nécessaire. Il est organique. La raison déraisonnable de l'homme, son égoïsme, sa myopie intellectuelle le retarderont. Ils ne l'arrêteront pas. Et le monde sera meilleur quand, suivant le mot de Kant, « l'humanité, comme espèce morale, ne sera plus en contradiction avec l'humanité, comme espèce naturelle. »

Ferrière, *La loi du progrès,* p. 324.

« Terminons ce chapitre sur la loi biologique et psychologique du progrès individuel en formulant les quelques propositions suivantes qui en forment le résumé :

1° Par suite, d'une part, de la concurrence des êtres vivants entre eux et de la sélection qui en résulte et, d'autre part, du pouvoir des êtres vivants d'adapter leurs réactions aux actions du milieu ambiant..... on peut affirmer que le progrès individuel est en fonction du degré d'adaptation de l'individu à l'ensemble des forces de l'univers.

2° Cette adaptation se réalise par une différenciation et par une concentration progressive des fonctions organiques et psychologiques.

3° Cette différenciation et cette concentration complémentaires doivent progresser harmoniquement.....

Si nous résumons les trois formules en une seule à laquelle on nous permettra de donner le nom de loi du progrès, nous pouvons affirmer que : Tout être vivant progresse en procédant à une différenciation et à une concentration complémentaires et croissantes de ses énergies et de ses facultés, conformément à la loi d'adaptation de soi au monde et du monde à soi, et en vue d'accroître la puissance de son esprit. »

MAURICE BARRÈS. *Le jardin de Bérénice.*

« Avec le seul secours de l'inconscient, les animaux prospèrent dans la vie et montent en grade, tandis que notre raison qui perpétuellement s'égare, est par essence, incapable de faciliter en rien l'aboutissement de l'être supérieur que nous sommes en train de devenir et qu'elle ne peut même pas soupçonner. C'est l'instinct, bien supérieur à l'analyse, qui fait l'avenir. C'est lui seul qui domine les parties inexplorées de mon être, lui seul qui me mettra à même de substituer au moi que je parais, le moi auquel je m'achemine les yeux bandés. »

J. KOHLER. *Moderne Rechtsprobleme.* — « Dies hat Hegel nun zu einer völligen Vergleichheitlichung in der Weltentwicklung geführt, das Sein ist Denken und das Denken ist sein..... Diese Vergleichheitlichung ist insofern richtig, als man das Weltdenken von unserem menschlichen Denk scheidet und die zwekstrebenden Bewegungen im Weltall als eine Art unbewusten Denkens betrachtet, so fern auch in ihnen ein geistiger Gehalt, ein vernünftiges Fortscheiten, ein vernünftentsprechende Entfaltung zu bemerken ist.

Unrichtig wird aber die Vergleichheitlichung, wenn man sie in vermenschlichender Weise gestaltet, indem man das Denken des Weltalls dem Denken des Menschen vollständig angliedert .....wir müssen eben das Denken des Weltalls von dem menschlichen Denken scheiden, das Denken des Weltalls in Bezug auf den Menschen ist Kultur :

Mein Schlaf ist Träumen,
Mein Träumen Sinnen,
Mein Sinnen Walten des Wissens.
Doch wenn ich schlafe,
Wachen Nornen
Sie weben das Seil
Und spinnen fromm, was ich weiss.

(WAGNER *Siegfried.*) »

ED. MEYER. *Histoire de l'Antiquité.* Trad. DAVID. T. I. p. 197.

« L'essai d'imposer à l'évolution historique des différents peuples civilisés, un schéma défini, d'y chercher la réalisation d'une idée

transcendante déterminée que les différents peuples représenteraient alternativement, comme ce fut l'entreprise de Hegel — de nos jours il ne manque pas de tentatives pour rééditer cette conception — est nécessairement malheureux, et n'a pas de fondement dans les faits historiques ; il leur fait au contraire continuellement violence. Il est également erroné de désigner comme « philosophie de l'histoire » une spéculation de ce genre sur les événements historiques ; elle est bien plutôt, au cas le meilleur, c'est-à-dire pour autant que les faits y correspondent, l'histoire de quelques idées générales et des essais tentés pour les réaliser. On ne peut donner le nom de philosophie de l'histoire qu'à quelque chose de tout autre, savoir à la discussion théorique des problèmes fondamentaux de la science historique. »

H. Bergson. *L'évolution créatrice.*

P. 288. « La vie, avons-nous dit, transcende la finalité comme les autres catégories. Elle est essentiellement un courant lancé à travers la matière et qui en tire ce qu'il peut. Il n'y a donc pas eu, à proprement parler, de projet ni de plan. D'autre part, il est trop évident que le reste de la nature n'a pas été rapporté à l'homme ; nous luttons comme les autres espèces, nous avons lutté contre les autres espèces. Enfin, si l'évolution de la vie s'était heurtée à des accidents différents sur la route, si, par là, le courant de la vie avait été divisé autrement, nous aurions été, au physique et au moral, assez différents de ce que nous sommes. Pour ces diverses raisons, on aurait tort de considérer l'humanité, telle que nous l'avons sous les yeux, comme préformée dans le mouvement évolutif. On ne peut même pas dire qu'elle soit l'aboutissement de l'évolution entière, car l'évolution s'est accomplie sur plusieurs lignes divergentes, et, si l'espèce humaine est à l'extrémité de l'une d'elles, d'autres lignes ont été suivies avec d'autres espèces au bout. »

Clément Vautel. *Le Journal.* 29 avril 1918.

« Deux soldats également braves, anciens blessés, viennent de comparaître, le même jour, devant la justice.

Le premier, farouche Othello, a tout bonnement tiré les douze balles de ses deux revolvers sur le père, la mère et la sœur de sa fiancée, qu'il n'a d'ailleurs pas oubliée dans la distribution.

Le deuxième a, lui, épousé deux femmes — qu'il a rendues parfaitement heureuses.....

Quels ont été les jugements ?

L'homme qui organise des « progroms » dans les familles a été acquitté.

Celui qui ne comprend le mariage qu'en série a été condamné à deux ans de prison.

Autrement dit, il est infiniment plus excusable aux yeux de la justice, de chercher à massacrer quatre personnes que de faire, simultanément, le bonheur de deux femmes.....

Eh bien ! je vous le dis tout net, je ne comprends pas.

. . . .

C'est peut-être très social, très moral, mais ce n'est peut-être pas très humain. »

CHAPITRE III

Hasard. Conclusion.

Bibliographie. — Pascal, *Traité du triangle arithmétique*; — Bernouilli, *Ars conjectandi*; — Laplace, *Essai sur les probabilités*; — Ampère, *Considérations sur la théorie mathématique du jeu*; — Lacroix, *Traité élémentaire du calcul des probabilités*.

Barbeyrac, *Traité du jeu*, 2 vol., 1737: — Pufendorf, trad. Barbeyrac. L. V, c. 9; — Le Clerc, *Réflexions sur ce qu'on appelle Bonheur et Malheur en matière de Loteries*; — La Placette. *Traité des jeux de hasard*.

Poisson, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière civile et en matière criminelle*: — Quételet, *Lettre sur la théorie des probabilités appliquée aux sciences morales et politiques*; — Cournot, *Exposition de la théorie des chances et des probabilités*; — Joseph Bertrand, *Calcul des probabilités*.

Wronski, *Loi téléologique du hasard*; — Maldidier, *Revue de philos.*, juin 1897; — P.-Th. de Régnon, *Métaphysique des causes*; — G. Milhaud, Tarde, Piéron, Lechalas dans *Revue de métaphysique et de morale*, 1901, 1902, 1904, 1905; — Poincaré, R. de Montessus, F. Le Dantec, dans *Revue du Mois*, 1907; — Darbon, *Le Concept du hasard dans la Philosophie de Cournot*. 1911; Lechalas, *Revue néo-scolastique*, 1903.

C. Revel, *Le hasard*, 1909 (ouvrage à tendance mystique, mais intéressant à beaucoup d'égards); — Emile Borel, *Le hasard*, 1914; — Le Dantec, *Le chaos et l'harmonie universelle*. — Poincaré, *Science et methode*, L. I, c. 4. *Le hasard*.

Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in Weltbürgerlicher Absicht*; — Royce, *The mechanical, the historical and the statitical*, *Science*, 17 avr. 1914.

Dans l'histoire du Droit et de la Civilisation une grande place doit être faite au Hasard. Telle est la solution que la multiplicité des facteurs, l'impossibilité d'en calculer les

forces respectives, l'inexistence des lois de réalisation impose à quiconque ne veut faire illusion à personne, ni se faire illusion à soi-même.

Cette évocation du hasard n'est d'ailleurs pas un procédé commode pour se débarrasser des difficultés du calcul. Le hasard, au lieu de simplifier, vient compliquer singulièrement les choses. Car ce serait ne rien dire du tout que de lancer ce mot sans essayer d'en indiquer la signification. Cette tâche nous met en contact avec une très brillante et très profonde littérature, où figurent un très grand nombre de génies de premier ordre, tous très familiers avec les mathématiques et souvent les premiers parmi les mathématiciens. Bien entendu, nous n'avons pas l'intention de les suivre dans les complexités du *calcul des probabilités*. Il nous suffirait d'avoir du hasard une notion très élémentaire qui nous permît d'en comprendre vaguement la nature philosophique. Mais, toute cette littérature, riche, imagée, claire de forme, laisse très perplexe, car les mathématiciens qui connaissent le mieux la notion du hasard, pour l'avoir le mieux étudiée, sont loin d'être d'accord sur ses caractères les plus essentiels et il est bien osé de vouloir faire un choix entre des autorités de premier ordre. Il faut pourtant s'y résoudre pour aboutir à une conclusion.

§ 1. — **Notion du hasard.** — Tout phénomène dont la réalisation ne peut être prévue avec certitude par ses antécédents est pour nous le produit du hasard. Cette définition ne serait pas celle d'un mathématicien. La conception historique du hasard est différente de la conception mathématique. Il y a donc un hasard historique et un hasard mathématique. Le premier est plus complexe, plus disparate, mais on est obligé de le prendre tel que, faute de pouvoir en analyser les éléments. Il s'agit toutefois d'en connaître la nature.

I. — *Subjectivité ou objectivité du hasard.* — L'histoire n'est pas prévisible ou n'est que très imparfaitement prévisible pour deux raisons. D'abord, parce que nous n'en connaissons pas toutes les lois, j'entends toutes les lois hypothétiques, tous les rapports entre les choses.

Même si nous les connaissions, il nous serait impossible d'en calculer la réalisation, vu leur enchevêtrement et leur complexité. Nous serions comme le joueur devant la roulette.

L'imprévisible historique est donc fait de deux éléments. Il est impossible de faire la part de l'un et de l'autre puisque nous n'en pouvons connaître que le résultat global ; mais la nature en est fort différente.

L'ignorance des lois est purement subjective ; elle varie avec les temps et les individus. Elle pourrait logiquement disparaître par le progrès de la science. La partie déterminée de l'histoire serait alors accrue et la partie indéterminée ou fortuite réduite à son second élément. La partie déterminable de l'histoire n'est pas soumise à ce que les mathématiciens appellent lois du hasard ou calcul des probabilités.

Le hasard mathématique est objectif ; il tient à la nature de certains phénomènes et non pas à l'état des connaissances humaines. Il existe pour tous les hommes de la même façon. Pour une intelligence omnisciente, le hasard ne serait pas une ignorance, mais une loi dont il pourrait avoir à subir l'autorité. On a supposé un dieu jouant avec un simple mortel : le dieu connaîtrait les résultats de la partie avant de la jouer, mais il pourrait la perdre, pourvu que le mortel tint les dés et que le dieu dut accepter les paris du mortel sans parier lui-même. Entre dieux, le hasard existerait, non pas négativement comme une ignorance, mais positivement comme une science. Une pièce de monnaie parfaitement symétrique, un dé parfaitement cubique et de matière homogène, une roulette bien construite se prêtent aux jeux de hasard et s'adaptent d'autant mieux à l'expression du calcul des probabilités que les dimensions en auront été plus rigoureusement combinées : avec des dés pipés et une roulette truquée, même si les joueurs en ignorent les vices, l'indétermination des solutions possibles, l'égalité des chances n'existe pas et le jeu n'est pas loyal. Par suite, les situations dans lesquelles certaines solutions sont tout aussi possibles les unes que les autres et partant indéterminées, sont complètement indépendantes de la connaissance humaine et partant objectives. Mais peut-on

comprendre logiquement et scientifiquement, qu'une cause étant donnée, un certain nombre d'effets aient autant de chances l'un que l'autre de se produire ? Cela n'a rien de contraire avec le déterminisme universel. Poincaré, entre autres, en fait une démonstration très claire que nous croyons inutile de reproduire ici. Lorsqu'une série de petites causes extrêmement rapprochées peuvent produire chacune des effets extrêmement différents, la cause étant minime par rapport à l'effet, le phénomène est relativement indéterminé. Il est à remarquer que cette disproportion entre la grandeur de l'effet et la petitesse de la cause peut être artificielle tout aussi bien que naturelle. La différence entre une certaine force d'impulsion susceptible de faire sortir *rouge* à la roulette et une autre force d'impulsion susceptible de faire sortir *noir* est infime. C'est la cause. Mais l'effet physique, la position de la boule sur le plateau au moment où elle s'arrête, est aussi infime. La convention des joueurs, qui fait dépendre de cette position le gain et la perte d'une somme peut-être considérable, établit seule la disproportion entre la cause et l'effet.

II. — *Hasard complet et hasard incomplet.* — Lorsqu'un mathématicien étudie un jeu quelconque, il envisage avant tout le nombre des solutions possibles d'après la nature des choses ou la convention. Un sou est lancé en l'air, il tombera sur pile ou sur face. Physiquement, il pourrait tomber sur la tranche et s'inscruster dans la fente d'un parquet ; conventionnellement, on écarte un cas pareil que l'on tiendrait pour nul. Et le jeu du pile et face ne comporte que deux possibilités de chances égales. Sur cette base, le mathématicien va envisager une série d'hypothèses de plus en plus complexes, en s'occupant des résultats possibles de chaque combinaison. Mais il tient totalement à l'écart tous les facteurs de réalisation qu'il considère comme incalculables et même comme indéterminés. Etant données les règles du jeu, il étudie les probabilités et peut les indiquer avec certitude. Il ne s'occupe pas d'autre chose. Un dé, un jeu de cartes, une roulette sont pour lui des abstractions ; il n'a aucun besoin de les voir fonc-

tionner, et ne s'intéresse pas aux mouvements des joueurs et des croupiers qui sont pourtant les vraies causes des résultats qu'il cherche à prévoir. Les problèmes du jeu sont des problèmes de hasard complet.

Le hasard historique est au contraire un hasard incomplet. L'historien connaît un grand nombre de facteurs de réalisation. Il peut plus ou moins bien en évaluer la force ; il a, en face de lui, des causes très puissantes qui se dirigent très nettement vers un but déterminé. Il voit des forces contradictoires, mais il ne peut deviner la force victorieuse pour l'avenir. L'historien s'attache passionnément au présent — à un présent quelconque — pour essayer d'y comprendre les solutions de l'avenir. Tout son travail s'effectue dans le monde des causes par lesquelles il voudrait tout prévoir et tout expliquer.

Ce qu'il laisse au hasard, il le laisse bien malgré lui. S'il ne veut pas se faire d'illusion, il est bien obligé de s'apercevoir que ses explications sont insuffisantes ; son interprétation de l'histoire peu satisfaisante. Il fait la part du hasard, comme on fait la part du feu ; on lui laisse ce qu'on ne peut lui enlever, c'est déjà beaucoup. Car le hasard agit dans la vie tantôt avec une brutalité imprévue qui modifie par un choc violent les directions humaines, tantôt par des séries de petits chocs successifs et continus.

L'étude des causes en histoire est la tâche essentielle. L'élément fortuit n'y est que complémentaire. Il faut toutefois en tenir compte sous peine de falsifier la réalité.

III. — *Fréquence et succession devant les lois du hasard.* — Le calcul des probabilités permet d'établir les chances de répétition d'un certain phénomène dans certaines conditions : le chiffre probable de pile ou de face dans un certain nombre de parties, la sortie de tel numéro à la roulette ; les chances de réalisation de séries isolées et considérées comme un tout, par exemple combien de fois la série « pile, face, face, pile » a de chances de se réaliser dans un million de parties. Mais il ne peut tenir compte de l'ordre complet dans lequel tous les phénomènes se réaliseront. Il étudie la fréquence et non la

succession. Il ne peut même donner sur la fréquence des renseignements curieux et inattendus que parce qu'il néglige l'ordre et la succession dans lesquels les divers phénomènes se présentent. L'hypothèse des singes typographes ou dactylographes est une des plus heureuses parmi celles qui illustrent les théories sur le hasard.

On suppose un certain nombre de singes dressés à composer ou à taper à la machine. Ils ont la capacité nécessaire pour imprimer, mais sont incapables de comprendre ce qu'ils font. Ils agissent purement au hasard, tapant indifféremment sur diverses touches selon des impulsions à nous inconnues et que l'on peut considérer comme complètement indéterminées. On les laissera ainsi travailler un temps plus ou moins considérable. Quel sera le résultat de ce travail ? Auront-ils entre tous écrit une phrase sensée et correcte ? C'est peu probable. Auront-ils composé tout un livre correspondant à tel ouvrage déterminé ? Cela paraît bien impossible. Auront-ils, en travaillant assez longtemps, reproduit fidèlement le texte de tous les livres de telle ou telle bibliothèque ? Il paraît insensé de pouvoir le supposer un instant.

Et pourtant, ils auront fait un certain travail, et le travail qu'ils auront fait n'avait pas plus de chances de se réaliser que la reproduction de tous les ouvrages d'une bibliothèque. Chaque fois qu'un singe a choisi un caractère, chacun des caractères avait exactement les mêmes chances d'être choisi. L'œuvre qui a été produite, quelle qu'elle soit, n'avait, avant le travail, qu'une probabilité infime, d'exister telle qu'elle est. La faiblesse de cette probabilité, pour peu que le travail soit un peu considérable, défie l'imagination. Rien dans le calcul des probabilités ne permet de prévoir quelle, parmi les combinaisons infinies qui sont possibles, se réalisera de préférence aux autres.

Si, au contraire, on ne se préoccupe pas de l'ordre dans lequel les lettres ont été choisies et qu'on se contente de rechercher combien de fois la lettre *a* aura été reproduite, sur dix millions de lettres, le calcul des probabilités intervient. Il commence par fixer d'une façon très précise les chances de sortie, soit

dix millions divisé par cinquante, si nous supposons cinquante caractères. Il n'est pas probable que ce chiffre soit exactement réalisé; mais le calcul permet d'établir les limites dans lesquelles la réalité s'écartera vraisemblablement de ce chiffre. Ces limites sont assez étroites. Les probabilités d'écarts supérieurs à un certain chiffre décroissent rapidement et peuvent à un certain moment être pratiquement négligés. On pourrait calculer également, d'une façon approximative, combien de fois le groupe « *ab* » ou tout autre groupe de lettres a de chances de se rencontrer. Le calcul fait à l'avance se vérifiera non pas une fois mais régulièrement, chaque fois que l'on réunira les singes pour les faire travailler.

Ainsi peut-on prévoir jusqu'à un certain point dans l'histoire la fréquence de réalisation des phénomènes fortuits; il est au contraire complètement impossible de prévoir l'ordre dans lequel ces phénomènes se succèderont. Les chances pour les éléments aléatoires de l'histoire de se présenter tels qu'ils se présenteront en réalité parmi un petit groupe humain et pendant un temps assez court seraient représentés par une fraction incroyablement petite. Que serait la fraction des chances de réalisation de l'histoire entière telle qu'on aurait pu mathématiquement l'établir à une période quelconque des origines de l'humanité?

Ici aucune fraction pour si minime qu'elle soit ne peut être négligée, car la réalité aurait dû être représentée dans le passé par une fraction aussi faible. Que l'on mette dans une urne cent billets ou un trillion de billets, le billet qui sortira sera tout aussi bien sorti, quoique avant le tirage la valeur du billet pour un même lot fût, dans la première hypothèse, dix millions de fois plus grande que dans la seconde.

Il importe peu au joueur de connaître l'ordre dans lequel se produiront les parties gagnées et les parties perdues, pourvu qu'il en gagne le plus possible; il importe peu à l'assureur de connaître l'ordre dans lequel mourront ses assurés, pourvu qu'ils ne meurent pas en trop grand nombre à une date qui dérangerait ses calculs.

Le philosophe de l'histoire peut-il se désintéresser égale-

ment de l'ordre dans lequel se produiront les phénomènes historiques aléatoires et se contenter de moyennes. Bien entendu, l'historien peut essayer de soumettre un certain nombre de phénomènes historiques au calcul des probabilités et ce pourra être fort utile pour lui; mais, en le faisant, il ne fera pas de l'histoire.

Le jeu et l'assurance ont pour bases des événements indépendants, qui sont parfaits à un instant précis. C'est la partie, pour le joueur; à chaque partie, il fait un gain ou une perte. C'est pour l'assureur un décès, un incendie, une grêle, etc... Chacun de ces événements sont indépendants les uns des autres. Au début de chaque partie, le joueur recouvre exactement les mêmes chances de gagner et les mêmes chances de perdre. Chaque élément d'une série a sa raison d'être en lui-même, n'est pas influencé par celui qui le précède et n'influe pas sur celui qui le suit.

Dans le hasard historique, il n'en est plus ainsi. Il n'y a pas à proprement parler de parties distinctes. Le hasard influe sans interruption et ce n'est qu'arbitrairement que nous pouvons fixer l'instant où le coup du hasard se fait sentir. L'union des deux germes qui ont produit Napoléon Ier est un fait du hasard, mais il a fallu ensuite une succession ininterrompue d'événements fortuits pour que l'être pût naître, grandir et accomplir son œuvre historique. D'autre part, en admettant que nous puissions réduire l'effet du hasard à une série de parties gagnées ou perdues par telle ou telle force historique, ces parties ne seraient pas indépendantes. Le perdant resterait sous le coup de sa perte et ne pourrait pas recommencer une nouvelle partie dans les mêmes conditions que la première. Les événements successifs sont dépendants les uns des autres.

Par suite, l'ordre dans lequel se produisent les pertes et les gains, pour employer le langage du jeu, est loin d'être indifférent. Car, en histoire, les résultats de chaque partie modifient les conditions du jeu, transformer les chances des diverses solutions possibles. Cet ordre constitue un facteur de probabilité qui devrait servir à tout calcul, s'il pouvait être question de calculer le hasard historique.

IV. — *Hasard de croisement.* — Nous avons vu que toute loi de réalisation est rendue inefficace par l'intervention possible des obstacles. Si normalement telle cause doit produire tel effet, un phénomène étranger peut s'interposer entre l'une et l'autre et empêcher le résultat normal de se produire. Ce que nous avons appelé « obstacle », d'autres l'ont appelé « croisement » et en ont fait la base du hasard historique.

Telle serait la conception d'Aristote et de Cournot : La nature a établi des lois qui doivent conduire à des résultats précis et déterminés. Chacune de ces forces se dirige directement et nécessairement vers le but qui lui est assigné. Mais elles sont nombreuses ; des rencontres peuvent se produire entre deux ou plusieurs d'entre elles ; auxquels cas, les buts de la nature ne sont pas atteints. Il y a accident, hasard.

On illustre cette théorie par une petite parabole. Une diligence se rend de la ville A à la ville B. Une autre diligence partant de la ville C a la ville D comme destination. Les deux routes sont l'une et l'autre droites et sans péril ; mais, formant une croix, elles se coupent au point P. Les deux diligences, qui s'ignorent l'une et l'autre, sont parties à la même heure, à la même vitesse et ont le même chemin à parcourir pour se rencontrer au croisement où se produira le heurt et la bousculade qui les empêcheront l'une et l'autre de parvenir à leur destination.

Pour Aristote et pour Cournot, ces croisements sont plutôt rares ; ce sont des violations du plan de la nature qui lui apportent quelque défectuosité sans en effacer les grandes lignes. Pour d'autres philosophes, ces points de croisement sont innombrables et constituent l'élément fortuit de l'histoire.

Il est plus juste de dire que le hasard de croisement est une forme particulière du hasard historique. Mais peut-être une forme moins fréquente que beaucoup d'autres. Elle suppose l'existence de certaines lois nécessaires, ne pouvant être entravées que par d'autres lois nécessaires. Elle supprime l'indétermination proprement dite, que la réflexion et l'expérience permettent de constater dans un grand nombre de phé-

nomènes. Par suite, il serait faux de vouloir y ramener l'ensemble du hasard historique.

§ 2. **Hasard et statistique.** — On rapproche très souvent calcul des probabilités et statistique. Ces deux sciences manient de gros chiffres, tracent des courbes montantes et descendantes, leurs travaux affectent une certaine ressemblance de forme. Elles ont aussi un but commun : établir des coefficients de probabilités qui permettent une prévision approximative de certains événements futurs. L'un et l'autre négligent le particulier et dégagent des moyennes.

Mais le calcul des probabilités est une science déductive, il s'occupe du hasard mathématique complètement indéterminé ; il s'abstient de toute recherche sur les causes des phénomènes.

La statistique est au contraire une science expérimentale ; elle s'efforce de grouper le plus grand nombre possible d'observations concrètes. Elle a besoin d'une documentation nombreuse et exacte. Elle ne considère pas les phénomènes comme indéterminés ; bien au contraire, elle emploie les données de l'expérience à la découverte des nombreux éléments de détermination Les fluctuations des divers phénomènes lui révèlent parfois certaines forces spéciales perdues dans la masse des causes et des effets.

Supposons que la mort des hommes d'un groupe déterminé dépende uniquement d'un jeu de hasard. Chaque fois qu'à une roulette de 36 numéros sortirait le numéro 13, une existence humaine serait supprimée ; mais il n'y aurait pas d'autre cause de décès. Connaissant le nombre des parties jouées chaque jour, le mathématicien établirait ses probabilités de décès quotidiens sans sortir du domaine du hasard mathématique et il pourrait le faire sans aucun renseignement sur la mortalité du passé.

Il y a bien dans l'existence de chaque individu des chances et des malchances de même nature que celles du jeu de hasard, par lesquelles la vie est prolongée ou raccourcie, mais

il n'y a pas que cela. La puissance générale de la vitalité humaine ne permet à aucun homme de dépasser un certain âge et ne permet pas à beaucoup d'atteindre ce maximum. La statistique aide à s'en faire une idée plus ou moins vague. Bien des circonstances accessoires : climat, habitation, nourriture, profession... influent en bien ou en mal sur la durée de la vie. La grande utilité de la statistique est de dégager ces influences et de substituer un faisceau de petites déterminations à l'indétermination générale.

Mais la statistique n'établit que des probabilités. Pas plus que le calcul des probabilités, elle ne remplace le hasard par des lois. Elle analyse l'indétermination générale de l'histoire : elle ne la supprime pas.

Certains penseurs ont été profondément impressionnés par les révélations de la statistique et l'imprévu de ses conclusions leur en a fait complètement méconnaître la nature logique. On est étonné de voir un esprit comme Kant commettre une pareille erreur. Pas plus que les lois du hasard, les lois de la statistique ne sont des lois de réalisation. Elles ne déterminent rien ; elles n'ont aucune force créatrice et ne révèlent aucune force créatrice mystérieuse. Elles révèlent simplement un certain ordre dans un milieu que l'esprit humain a longtemps considéré comme complètement désordonné.

§ 3. **Les possibilités en histoire.** — Il est deux habitudes intellectuelles aussi déplorables l'une que l'autre en histoire.

Il est tout à fait futile de se demander ce que serait devenu le monde si tel événement hypothétique s'était réalisé, ou si tel événement réel ne s'était pas réalisé. Que serait-il arrivé si Annibal eut écrasé Rome ? si Louis XVI eut pu s'enfuir à l'étranger ? si Napoléon n'était pas né ? Le cours de l'histoire eut été transformé par l'une ou l'autre de ces hypothèses. Mais dans quel sens ?

Après une victoire définitive de Carthage, le jeu de l'histoire aurait offert une multitude de possibilités diverses entre lesquelles le hasard aurait décidé, comme il a décidé entre les

possibilités innombrables qui s'ouvraient à l'humanité au lendemain de la victoire de Rome. Ce travail incessant du hasard rend purement fantaisiste une reconstitution du présent et de l'avenir sur une hypothèse non réalisée. L'histoire est une série de jeux très rapides; à chaque partie, les partenaires sont changés; les règles du jeu et la distribution des chances sont aussi nouvelles; mais les combinaisons possibles sont toujours nombreuses et une seule d'entre elles se réalisera, et dictera les règles de la partie suivante.

La philosophie du hasard nous apprend encore que l'histoire n'est pas une suite de phénomènes reliés les uns aux autres par la nécessité et qu'il ne suffit pas de coudre les faits aux faits pour la comprendre. Chaque instant de l'histoire est, en sus d'une réalité, un ensemble de possibilités qui se partagent entre elles un certain nombre de chances. La réalité d'aujourd'hui n'est que l'une des possibilités d'hier et l'histoire doit, dans la mesure du possible, essayer de retrouver dans son passé immédiat non seulement sa cause, mais ses chances au milieu des chances évanouies. Il ne doit surtout pas, comme on le fait si souvent, lui attribuer la totalité des chances de la veille par le seul fait qu'elle a triomphé de toutes les chances contraires. Avant d'être consacrée comme réelle, la réalité d'aujourd'hui n'était qu'une possibilité au milieu de beaucoup d'autres.

Telle est l'histoire du billet de la cantinière qui gagna le million. Quand on proclama le numéro gagnant, le public fort ému applaudit bruyamment. Pourquoi? on ignorait à qui il appartenait. Mais le public, instinctivement, comprit pour une minute le sens de l'histoire. Un papier qui était peu de chose avait acquis en un instant une très grande valeur d'action; d'autres papiers, qui le valaient quelques secondes avant, avaient perdu toute valeur. Mais si quelqu'un avait voulu expliquer pourquoi, la veille du tirage, le billet de la cantinière devait nécessairement sortir, le bon sens populaire ne l'eut pas écouté. Dans le monde des historiens on l'écouterait peut-être.

§ 4. **Le hasard et l'histoire du Droit.** — Du fait qu'il y a du hasard dans l'histoire et partant dans l'histoire du Droit, il ne faut pas conclure à son indétermination générale. Comme on l'a dit, le dé est un jeu de pur hasard, pourtant le double sept n'a aucune chance de sortir.

Les facteurs de détermination sont très nombreux et très complexes. Ils n'agissent pas dans le même sens. Les uns sont des forces divergentes tendant à entraîner la civilisation et le Droit dans des régions inconnues ; les autres sont des forces convergentes tendant à les ramener vers un axe précis et à maintenir dans la diversité des siècles certains caractères semblables. Enfin, quelques autres sont mixtes et peuvent agir dans un sens comme dans l'autre.

La race, ou plus généralement l'histoire physiologique de l'humanité, est très difficile à étudier dans le passé et à prévoir pour l'avenir. C'est elle qui dirige l'humanité dans les directions les plus imprévues. « Le plus grand hasard est la naissance d'un grand homme », a dit Poincaré. Il ne s'agit pas uniquement des grands hommes. Tous les mariages et toutes les naissances sont des faits de hasard ; les grands mélanges de races sont dûs à des circonstances difficilement prévisibles. C'est eux qui donnent à l'humanité ses caractères intellectuels essentiels et peuvent la faire diverger vers les directions les plus inconnues.

L'ensemble des facteurs matériels et, parmi eux, les inventions humaines, sont aussi peu prévisibles. Ils modifient toutes les conditions d'existence, les relations économiques extérieures, la politique intérieure des pays. Ils engendrent des conceptions juridiques nouvelles. Ce sont évidemment des forces essentiellement divergentes.

L'esprit mythique et constructif d'un très grand nombre d'êtres humains, l'incompréhension de la valeur des abstractions et la poursuite des chimères peuvent conduire les peuples à droite aussi bien qu'à gauche, au hasard des circonstances. L'esprit mythique est une force divergente par elle-même, mais surtout parce qu'elle paralyse les forces intellectuelles supérieures de l'humanité.

Ces forces intellectuelles supérieures agissent en effet pour ramener vers un axe immuable les civilisations qui s'en écartent. Ce sont les catégories juridiques, le droit métaphysique ou l'idée de justice, la morale métaphysique.

Les catégories juridiques forment la logique abstraite du Droit. Aucun Droit positif ne s'y conforme entièrement. Mais, étant en dehors et au-dessus de la psychologie humaine, il est certain que tant que l'humanité conservera un degré suffisant de puissance intellectuelle, la connaissance plus ou moins complète des vérités catégoriques constituera un élément de la pensée juridique.

La justice métaphysique formulée dans la règle *suum cuique*, ne se confondra jamais non plus avec le Droit positif. Toutefois, le Droit qui s'en éloigne a une tendance à être ramené vers cet axe, tendance variant avec l'état intellectuel et la contrainte des forces matérielles pesant sur un peuple à un moment donné.

La morale métaphysique ou l'idée du Bien est également une force régulatrice. Elle ne fut guère jamais la seule règle de conduite d'un individu ni d'une société. Mais elle constitue un principe immuable tendant à donner aux sociétés une certaine unité de direction.

La pensée collective sous ses divers aspects, la morale sociale qui en est le produit n'a rien d'immuable. Elle dépend essentiellement de la forme matérielle des groupements humains et varie avec ces changements de forme. Mais ces formes étant limitées et ces changements ne se faisant pas sans peine, ce facteur spécial est tout aussi bien facteur de conservation que facteur de variation.

La philosophie du hasard me paraît la conclusion la plus naturelle d'une philosophie de l'histoire du Droit. Elle substitue la recherche de la probabilité à la recherche de la certitude. Elle montre la complexité des causes là où d'autres ne veulent voir qu'une décevante simplicité. Elle permet à l'homme d'utiliser, dans la mesure du possible, sa propre ignorance. Elle inspire un salutaire scepticisme : non celui de

la négation, mais celui de la prudence, le scepticisme scrupuleux, bienveillant et chercheur qui pourrait bien être le meilleur instrument de progrès pour l'humanité.

LITTÉRATURE SUR LE HASARD

WILLIAM JAMES. *Philosophie de l'expérience.*

P. 73. « Rien n'arrête les absolutistes, au contraire. Que l'on parle du hasard comme de l'un des facteurs en jeu dans l'univers, et les absolutistes veulent qu'on interprète cette idée comme signifiant que les doubles sept ont autant de chance que les doubles six de sortir d'une boîte à dés. »

EMILE BOREL. *Le hasard.*

Préface IV. « Lorsque les applications aux sciences exactes auront perfectionné la théorie des probabilités, l'introduction des lois du hasard dans les sciences biologiques, sociologiques, psychologiques, etc., sera rendue à la fois plus aisée et plus féconde.

Par ces transformations de la science, la notion même de vérité scientifique se trouve modifiée. A l'affirmation dogmatique d'une loi comme celle de Newton est substituée la constatation de l'impossibilité pratique d'un hasard miraculeux. J'ai essayé, par l'exemple des singes pillant un dépôt de machines à écrire et reconstituant la Bibliothèque nationale en dactylographiant au petit bonheur, de rendre aussi concrète que possible cette notion du hasard miraculeux et cependant logiquement réalisable.

Je crois que ce mythe des singes dactylographes n'est pas sans avoir une réelle portée philosophique. »

POINCARÉ. *Science et méthode.*

P. 10. « Quels sont les faits qui ont chance de se renouveler ? Ce sont d'abord les faits simples. Il est clair que dans un fait complexe, mille circonstances sont réunies par hasard et qu'un hasard bien moins vraisemblable encore pourrait seul les réunir de nouveau. Mais y a-t-il des faits simples et, s'il y en a, comment les reconnaître ?..... Les faits qui paraissent simples, même s'ils ne le sont pas, seront... plus facilement ramenés par le hasard.

Id. P. 90. « C'est la même chose dans les sciences morales et en particulier dans l'histoire. L'historien est obligé de faire un choix

dans les événements de l'époque qu'il étudie; il ne raconte que ceux qui lui semblent les plus importants. Il s'est donc contenté de relater les événements les plus considérables du XVIe siècle, par exemple, de même que les faits les plus remarquables du XVIIe. Si les premiers suffisent pour expliquer les seconds, on dit que ceux-ci sont conformes aux lois de l'histoire. Mais si un grand événement du XVIIe siècle reconnaît pour cause un petit fait du XVIe siècle, qu'aucune histoire ne rapporte, que tout le monde a négligé, alors on dit que cet événement est dû au hasard, ce mot a donc le même sens que dans les sciences physiques; il signifie que de petites causes ont produit de grands effets.

Le plus grand hasard est la naissance d'un grand homme. Ce n'est que par hasard que se sont rencontrées deux cellules génitales de sexe différent, qui contenaient précisément, chacune de son côté, les éléments mystérieux dont la réaction mutuelle devait produire le génie. On tombera d'accord que ces éléments doivent être rares et que leur rencontre est encore plus rare..... Nul exemple ne peut mieux faire comprendre les véritables caractères du hasard. »

L. Barbier. *Lettre dans* Camille Revel. *Le hasard.*

P. 230. « Dans le jeu de Hasard intervient la question de la corrélation des parties ; c'est une question des plus discutées. Auguste Comte, répétiteur d'analyse à l'Ecole polytechnique, n'admettait pas que l'on pût soumettre au calcul les jeux de Hasard. Pour lui, chaque partie est absolument indépendante des précédentes. Joseph Bertrand, professeur d'analyse à la même époque, à l'Ecole polytechnique, était d'un avis contraire; il admettait la loi des grands nombres et s'étendait sur le calcul des probabilités. Son répétiteur, Auguste Comte, refusait d'interroger les élèves sur cette partie de l'enseignement, et avec une telle obstination qu'il dut résigner ses fonctions de répétiteur.

Ce désaccord est d'autant plus remarquable et incompréhensible qu'il semble que le fondateur du Positivisme aurait dû admettre la loi des grands nombres comme un résultat de l'expérience, tandis que J. Bertrand, de l'école spiritualiste, aurait dû rejeter le calcul des probabilités. »

Jaurès. *De la réalité du monde sensible,* p. 15.

« La force de la pesanteur agit sur tous les objets situés dans notre sphère d'attraction suivant une loi. Mais si d'autres lois inconnues contrariaient l'action de la pesanteur, les corps abandonnés à eux-mêmes tantôt tomberaient, tantôt ne tomberaient pas ou tomberaient avec des vitesses et des directions absolument variables; certes, il n'y aurait point alors de hasard dans les choses, mais il y aurait hasard pour notre esprit. Qu'est-ce d'ail-

leurs que le hasard ? Ce n'est pas l'absence de toute loi, mais la confusion inextricable des effets produits par des lois multiples. Nous vivons en partie dans la région du hasard, en partie dans le domaine des lois. »

C. Revel. *Le hasard.*

P. 212. « L'étude de M. Milhaud a pour but de montrer la similitude de l'idée de Hasard chez Aristote et chez Cournot. Pour Aristote comme pour Cournot, le Hasard est l'accident. Pour eux, une Finalité intelligente préside aux phénomènes de la Nature. Cette Intelligence parmi l'infinité des possibles, ou plutôt parmi l'infinité des séries formées par les possibles, aurait fait choix d'un certain nombre de séries dont le déroulement est la marche de l'Univers. Mais dans ce déroulement se présentent des points de croisement ; et c'est sur ces points que se produisent les cas dits fortuits. Prenons un exemple analogue à ceux cités par ces auteurs. Une diligence part du point A pour se rendre au point B, une autre part du point C pour se rendre au point D ; les routes que doivent suivre ces diligences se coupent au point P. Les postillons, étrangers l'un à l'autre, ne savent pas que la distance AP égale la distance CP ; ils partent à la même heure avec la même vitesse ; les inégalités de terrain étant équivalentes de part et d'autre. Que se passera-t-il au point P ? les deux diligences se rencontreront... ; une catastrophe pourra se produire. Voilà le cas fortuit, le Hasard pour Aristote comme pour Cournot. Tout avait été calculé pour transporter les voyageurs, et dans les meilleures conditions, aux stations B et D ; mais un imprévu s'est présenté. »

William James. *Le Pragmatisme*, p. 169.

« Le « possible » — quelque chose de moins que le réel, et quelque chose de plus que l'irréel pur et simple — voilà encore une de ces souveraines notions du sens commun. On a beau les attaquer : elles ne cèdent pas ; et nous y revenons dès que l'assaut de la critique nous laisse un répit. »

P. 254. « Il faut donc faire avant tout la lumière sur ce mot. Quel sens précis donner au terme « possible » ? Pour ceux qui ne réfléchissent guère, il représente une troisième manière d'être, moins réelle que l'être ou l'existence, plus réelle que la non existence ou le non être ; une région crépusculaire, un état hybride, des limbes où certaines réalités sont parfois amenées à rentrer, et d'où elles sont parfois amenées à sortir. »

Bergson. *Préface au Pragmatisme de James.*

P. 13. « Toute vérité est une route tracée à travers la réalité ; mais parmi ces routes, il en est auxquelles nous aurions pu donner une direction toute différente si notre attention s'était orientée

dans un sens différent ou si nous avions visé un autre genre d'utilité ; il en est au contraire dont la direction est marquée par la réalité même : il en est qui correspondent, si l'on peut dire, à des courants de réalité. »

A. G. *Utopia. Avanti,* 25 jl. 1918.

« L'utopia consiste in fatti nel non riuscire a concepire la storia come libero sviluppo, nel vedere il futuro come una solidità già sagomata, nel credere ai piani prestabiliti. L'utopia è il filisteismo, quale lo sbeffeggia Enrico Heine : i reformisti sono i filistei e gli utopisto del socialismo, come i protezionisti e i nazionalisti sono i filiestei e gli utopisti della borghesia capitalistica. Enrico von Treitschke è l'esponente massimo del filisteismo tedesco (gli statolatri tedeschi ne sono i figli spirituali) come Augusto Comte e Ippolito Taine rappresentano il filisteismo francese, e Vicenzo Gioberti quello italiano. Sono quelli che predicano le missioni storiche nazionali, o credono alle vocazioni individuali, sono tutti quelli che ipotecano il futuro e credono imprigionarlo nei loro schemi prestabiliti, che non concepiscono la divina libertà, e gemono continuamente sul passato perché gli avvenimenti si sono svolti *male.*

Non concepiscono la storia come sviluppo libero, di energie libere, che nascono e si integrano liberamente diversi, dall'evoluzione naturale come l'uomo e le associazoni umane sono diversi dalle molecole e dagli aggregati di molecole. Non hanno imparato che la libertà è la forza immanente della storia, che fa scoppiare ogni schema prestabilito. »

KANT. *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht.*

« Die Geschichte, welche sich mit der Erzählung dieser Erscheinungen beschäftigt, so tief auch deren Ursachen verborgen sein mögen, lässt dennoch von sich hoffen : dass, wenn sie das Spiel der Freiheit des menschlichen Willens im grossen betrachtet, sie einen regelmässigen Gang derselben entdecken könne ; und dass auf die Art, was an einzelnen Subjekten verwickelt und regellos in die Augen fällt, an der ganzen Gattung doch als eine stetig fort gehende, obgleich langsame Entwickelung der ursprünglichen Anlagen derselben werde erkannt werden können. So scheinen die Ehen, die daher kommenden Geburten und das Sterben, da der freie Wille der Menschen auf sie so grossen Einfluss hat, keiner Regel unterworfen zu sein, nach welcher man die Zahl derselben zum voraus durch Rechnung bestimmen könne; und doch beweisen die jährlichen Tafeln derselben in grossen Ländern, dass sie ebensowohl nach beständigen Naturgesetzen geschehen, als die so unbeständigen Witterungen, deren Ereignis man einzeln

nicht vorherbestimmen kann, die aber im ganzen nicht ermangeln, den Wachstum der Pflanzen, den Lauf der Ströme und andere Naturanstalten in einem gleichförmigen, ununterbrochenen Gange zu erhalten. Einzelne Menschen und selbst ganze Völker denken wenig daran, dass, indem sie, ein jedes nach seinem Sinne und einer oft wider den anderen, ihre eigene Absicht verfolgen, sie unbemerkt an der Naturabsicht, die ihnen selbst unbekannt ist, als an einem Leitfaden fortgehen und an derselben Beförderung arbeiten, an welcher, selbst wenn sie ihnen bekannt würde, ihnen doch wenig gelegen sein würde. »

BRISSAUD. *Manuel d'histoire du Droit français. Préface* p. 7.
« La statistique a depuis longtemps établi qu'il n'y a pas moins d'ordre dans les faits sociaux que dans les phénomènes d'ordre physique. Chaque année amène, avec plus de régularité que la pluie et le beau temps, la même série de meurtres et de suicides, plus nombreux en été, moins en hiver ; les meurtriers et les suicidés ne se sont pourtant pas donné le mot ! Les pays protestants fournissent plus de suicides que les pays catholiques : preuve évidente de la corrélation qui existe entre le suicide et la disposition d'esprit que suppose le protestantisme. Dans la même voie, l'historien anglais Buckle est allé jusqu'à constater que le nombre des lettres sans adresse ne varie pas sensiblement ; on a pu tracer la courbe de nos distractions.

Que veut-on de plus significatif et qui établisse mieux l'action des causes générales sur les faits sociaux. »

Le travail qui se termine ici fut conçu à l'origine comme une simple préface à un Manuel d'histoire du Droit. Les diverses circonstances qui en ont entravé pendant longtemps l'élaboration définitive et l'impression ont modifié assez considérablement ce premier point de vue. Ainsi nous avons renoncé à traiter dans cet ouvrage — fût-ce dans des volumes subséquents — des questions d'un intérêt pratique, didactique, pédagogique. Ce serait déplacé dans un travail qui veut être purement philosophique.

Ainsi le rôle de l'histoire du Droit dans les sciences juridiques et historiques est affaire de pure opportunité et ne se laisse pas nettement déterminer. Tout ce qui concerne la méthode échappe aussi à des règles précises. Sauf certains grands principes qui s'imposent à tous, la méthode est chose personnelle. Autant l'étude objective des méthodes déjà employées est du plus grand intérêt positif, autant l'élaboration de la méthode à employer, de la méthode idéale, est chimérique. Ces deux matières, en tous cas, n'ont pas de caractère philosophique.

Ainsi avons-nous achevé de tracer ce qui constitue, selon nous, les principes philosophiques de l'histoire du Droit : l'analyse des phénomènes psychologiques dont l'ensemble constitue le Droit ; l'examen du mécanisme qui les fait se succéder et se combiner dans une indétermination relative qui peut et doit être minutieusement étudiée en elle-même. Ce travail n'est évidemment qu'une ébauche ; son mérite est peut-être de mettre en relief la complexité d'un problème que certains voulaient résoudre de façon par trop simpliste.

« Precisamente el mérito principal del libro consiste en suscitar punto de vista y plantear problemos que à primera vista no tienen relación con la Historia del Derecho, y sin embargo resulta lo contrario del detenido y concienzudo estudio que de ellos hace el autor. »

C'est ainsi que dans une lettre-préface de la traduction espagnole de mon premier volume s'exprime le célèbre pro-

fesseur de Madrid, D. Gumersindo de Azcárate. Ce grand penseur et brillant orateur me fit le très grand honneur de commenter ce premier volume et de porter sur lui une appréciation dont j'ai lieu d'être très fier.

« Y no es que esté yo conforme con todas las doctrinas del autor, como á usted consta, pero lo que me cautiva en su obra es el rigor científico, la originalidad, la erudición, la imparcialidad exenta de toda espiritu sectario y su indudable importancia. »

Je n'ose guère croire que cette appréciation ne soit beaucoup trop indulgente. J'accepterai toutefois parmi ces éloges celui de l'impartialité exempte de tout sectarisme. Le sectarisme n'est certainement pas mon fort. Je crois même être à peu près exempt d'idées préconçues. Toutefois l'indépendance d'esprit, même à qui la désire absolue, ne reste peut-être jamais que relative.

Je dois les plus vifs remerciements à M. Ramon Carande, jeune savant de Madrid, déjà profondément versé dans les sciences juridiques et économiques, qui, en 1909, prit l'initiative de la traduction espagnole et la conduisit rapidement à bien.

M. le professeur Wigmore, de la Northwestern University Law School, a bien voulu m'offrir, au nom du Committee of the Association of American Law School, de prendre place dans la collection de traductions anglaises d'ouvrages continentaux sur la philosophie du Droit. C'est un honneur qu'il m'était bien difficile de refuser, bien que je ne puisse faire que modeste figure en face des grandes célébrités qui m'ont choisi et des célébrités qui ont été comprises dans leur collection.

Il me serait difficile d'exprimer par de simples remerciements tous mes sentiments de gratitude envers ceux qui, en outre d'un honneur exceptionnel, m'ont procuré l'avantage de pouvoir être lu dans deux des langues les plus répandues qui soient au monde.

Renens près Lausanne, **novembre 1918.**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

Les Transformations du Droit. 1

LIVRE PREMIER

Le finalisme en Histoire du Droit. 5

CHAPITRE PREMIER. — **Le finalisme métaphysique** . . . 7
§ 1. — *La cause finale en biologie* 9
§ 2. — *Finalisme en psychologie* 10
§ 3. — *Le finalisme et la morale* 13
§ 4. — *Le finalisme dans la politique et le Droit* . . 17
§ 5. — *Le finalisme dans l'histoire* 19
§ 6. — *Finalisme et histoire du Droit* 23
Littérature sur le finalisme métaphysique . . . 26

CHAPITRE II. — **Le finalisme humain** 32
§ 1. — *Le déterminisme psychologique et le Droit* . . 32
§ 2. — *La volonté et l'action dans la vie psychologique*. 34
§ 3. — *La volonté humaine cause juridique* 37
§ 4. — *La volonté phénomène ou épiphénomène juridique* 38
§ 5. — *Hétérogénéité des fins* 40
§ 6. — *Conclusion* 43
Littérature sur le finalisme humain 44

LIVRE II

Le Causalisme.

CHAPITRE PREMIER. — **La notion de cause** 47
§ 1. — *La cause objective et la cause subjective* . . . 48
§ 2. — *Les problèmes de la cause objective* 50
§ 3. — *La cause subjective* 55

§ 4. — *Causalisme et classification.— Diversité de nature entre cause et effet.— Cause et action reciproque.* 60
§ 5. — *Causalisme et chronologie* 64
§ 6. — *Histoire et causalité* 66
§ 7. — *La cause et l'origine dans l'histoire des institutions* 71
Littérature sur la notion de cause 75

CHAPITRE II. — **Biologie et Droit** 80
Littérature sur les rapports de la biologie et du Droit 86

CHAPITRE III. — **La race et le Droit** 89
§ 1. — *La race en biologie et en anthropologie* . . . 90
§ 2. — *Race et psychologie* 98
§ 3. — *Race et histoire* 106
§ 4. — *Race et institutions* 116
Littérature sur la théorie des races 125

CHAPITRE IV. — **La sélection dans le Droit et par le Droit** 132
§ 1. — *Elimination et sélection* 134
§ 2. — *La sélection naturelle et la théorie des élites* . 140
§ 3. — *La sélection par le Droit* 147
I. — Effet sélectif de l'idée de justice, de la notion d'ordre public et de l'autorité de la loi . . 149
II. — Solidarité et sélection 151
III. — Sélection et Droit criminel. 155
§ 4. — *La sélection en législation*. 162
Littérature sur la sélection dans le Droit et par le droit 166

CHAPITRE V. — **Psychologie sociale et socialisme psychologique** 174
§ 1. — *Rapports psychologiques entre individu et société* 177
I. — Sentiments individuels ayant la collectivité pour objet 178
II. — Psychologie individuelle née de la vie sociale 180
III. — Phénomènes psychologiques mixtes . . . 187
IV. — Phénomènes psychologiques purement collectifs 190
§ 2. — *Les êtres sociaux et la pensée collective* . . . 199
§ 3. — *Le passé et l'avenir de la pensée individuelle et collective* 202
§ 4. — *Le Droit et la Psychologie collective* 215
Littérature sur la psychologie sociale et le socialisme psychologique 229

CHAPITRE VI. — **Eléments psychologiques du Droit** . . 237
§ 1. — *Caractères psychologiques des faits juridiques* . 237

§ 2. — *Le simple logique et le simple historique en psychologie* 241
§ 3. — *Hetérogénéité des causes psychologiques* . . . 243
§ 4. — *Embryologie psychologique* 246
§ 5. — *Caractères de la psychologie juridique* . . . 248
Littérature sur les éléments psychologiques du Droit 251

CHAPITPE VII. — **Le Droit et la vie affective**. 254
§ 1. — *Analyse des phénomènes affectifs* 254
§ 2. — *Emotion et sentiment* 261
§ 3. — *Le rôle de la logique et de l'esprit social dans l'émotion* 264
§ 4. — *Opérations émotionelles* 268
§ 5. — *Philosophie de la vie affective* 274
§ 6. — *Sentiments spéciaux et individuels dans le Droit*. 276
§ 7. — *Sentiments généraux et sociaux dans le Droit* . 284
I. — Emotions de sympathie sociale 285
II. — Emotions de sanction sociale 290
III. — Emotions de distraction sociale 292
IV. — Emotions de contact social 295
V. — Emotions morales et juridiques pures . . . 301
VI. — Emotions politiques et utilitaires. 307
§ 8. — *Influence de la sentimentalité sur le Droit* . . 313
Littérature sur la vie affective et la formation du Droit 320

CHAPITRE VIII. — **Le domaine de l'intectuallité juridique** 333
§ 1. — *Logique et sentiment* 334
§ 2. — *Les diverses formes de l'intellectuel* 336

CHAPITRE IX. — **Les maladies de la Pensée** 339
§ 1. — *Caractères généraux des maladies de la Pensée* 339
§ 2. — *Types principaux des maladies de la Pensée* . 342
I. — Crédulité 342
II. — Les mythes linguistiques 346
III. — Mythes historiques 354
IV. — La Mode 357
§ 3. — *Les maladies de la Pensée et le développement du Droit*. 358
§ 4. — *Mythes et fictions juridiques*. 363
Littérature sur les maladies de la Pensée . . . 369

CHAPITRE X. — **Le rationnel et le Droit : Analyse, Brocard, Définition** 373
§ 1. — *Le rationnel simple*. 374
§ 2. — *L'analyse* 375
I. — L'analyse et la procédure 376

II. — Analyse concrète et analyse abstraite . . . 378
III. — Valeur logique de l'analyse juridique . . . 380
§ 3. — *Le brocard*. 381
I. — Définition et forme du brocard. 381
II. — Classification des brocards 384
III. — Importance historique du brocard 389
IV. — Rôle et valeur juridique du brocard 394
§ 4. — *La définition* 396
I. — Diverses espèces de définition 396
II. — Histoire de la définition dans le Droit . . . 402
III. — Valeur logique de la définition juridique . . 410
Littérature sur l'analyse, le brocard, la définition 414

CHAPITRE XI. — **Le rationnel et le Droit : Analogie, Fiction, Construction** 418
§ 1. — *Le raisonnement par analogie* 418
I. — L'analogie dans les diverses disciplines . . . 419
II. — Analogie assimilatrice et analogie analytique. 421
III. — Analogie de Droit favorable et analogie de Droit commun 425
IV. — Valeur logique du raisonnement par analogie. 431
§ 2. — *Construction juridique* 432
I. — Nature de la construction juridique 433
II. — Principales formes de construction juridique . 436
III. — Valeur logique et juridique des constructions doctrinales 440
§ 3. — *Fiction doctrinale* 448
I. — Fonction dogmatique de la fiction 449
II. — Fonction historique de la fiction 451
III. — Valeur de la fiction doctrinale 454
IV. — Le Kobold de la fiction 455
§ 4. — *Fiction judiciaire* 459
I. — La fiction dans la preuve directe 460
II. — Les présomptions. 462
§ 5. — *Conclusion : Rôle et valeur du rationnel juridique* 464
Littérature sur l'analogie, la construction, la fiction 465

CHAPITRE XII. — **Les formes supérieures de la pensée juridique** 476
Principales confusions chez les théoriciens du Droit . 478
I. — Droit et institutions juridiques 478
II. — Le Droit positif, le Droit désirable, le Juste, le Bien 479
III. — Droit général. Catégories juridiques et constructions juridiques ou philosophiques . . 482

CHAPITRE XIII. — **Le Droit scientifique ou le Droit pur** . 489
§ 1. — *Les vérités expérimentales dans la vie juridique* 491
I. — L'ambiguité de la terminologie concernant les sciences expérimentales 49
II. — Le mécanisme de la méthode expérimentale . 494
III. — L'observation, sa nature intime, ses progrès . 497
IV. — L'observation juridique et historique . . . 500
V. — Expériences et vérités juridiques 504
VI. — La méthode expérimentale et l'élaboration du Droit 508
§ 2. — *Les catégories juridiques* 514
I. — Les idées catégoriques dans la littérature juridique 517
II. — Les catégories juridiques et le problème de la connaissance 527
III. — Les éléments premiers du Droit 530
IV. — Délimitation des catégories juridiques . . . 533
V. — Rôle du catégorique dans la vie juridique . . 535
§ 3. — *Science légale pure ou science des solutions possibles* 537
Littérature sur les vérités expérimentales et les catégories juridiques 543

CHAPITRE XIV. — **La pensée métaphysique et le Droit** . 553
§ 1. — *La pensée métaphysique* 554
§ 2. — *La justice transcendante* 558
I. — Solution politique 559
II. — La justice subjective. 559
III. — Justice muable et justice immanente. . . . 561
IV. — La justice immuable et transcendante . . . 562
3. — *Le Droit métaphysique et la morale* 564
I. — Droit métaphysique distinct de la morale . . 565
II. — Caractère du devoir juridique 567
§ 4. — *Droit métaphysique et Droit positif*. 568
§ 5. — *Notion dérivée de l'idée de justice* 571
§ 6. — *Le vieux Droit naturel*. 582
I. — La raison 584
II. — La Nature 585
§ 7. — *L'histoire et la métaphysique du Droit* . . . 587
Littérature sur la pensée métaphysique et le Droit 596

CHAPITRE XV. — **Le Droit et la vie** 609
§ 1. — *Les Institutions* 610
I. — Institution simple et institution juridique . . 610
II. — Zone de variabilité des institutions 613
III. — Valeur des institutions 615

IV. — L'amour et la haine des institutions. . . . 617
V. — Le prestige des institutions et leur développement par voie d'analogie. 618
§ 2. — *Le facteur économique* 620
I. — Psychologie économique 621
II. — Logique économique. 624
III. — Adaptation intellectuelle de l'homme à la nature des choses 626
IV. — Influence des choses matérielles sur la psychologie humaine : Milieu 629
§ 3. — *Théorie et pratique*. 634
I. — Fonctions théoriques et fonctions pratiques . 635
II. — Méthodes théoriques et méthodes pratiques . 636
III. — Théorie et pratique en histoire du Droit . . 643
Littérature sur le Droit et la vie 649

LIVRE III

Le Déterminisme

CHAPITRE PREMIER. — **Le Déterminisme et la notion de la loi**. 658
§ 1. — *Le déterminisme et la notion de la loi*. . . . 659
I. — Déterminisme et détermination 660
II. — La notion de loi 663
§ 2. — *Le déterminisme et la notion de la loi dans la formation du droit* 669
I. — Renouvellement du personnel humain . . . 670
II. — Multiplicité des facteurs créateurs du Droit . 673
III. — Lois rationnelles de réalisation 674
IV. — Lois métaphoriques ou formules. 675
Littérature sur le déterminisme et la notion de loi 676

CHAPITRE II. — **Evolution. Transformation. Progrès**. . 681
§ 1. — *L'évolution vitale* 683
I. — Nature de l'évolution vitale 683
II. — L'évolution de la pensée et des institutions humaines. 684
§ 2. — *L'évolution transformiste*. 689
I. — Domaine de l'évolution transformiste . . . 691
II. — Survivance et archaïsme 694
§ 3. — *L'évolution progressiste* 697
I. — Notion du progrès 698
II. — Progrès général ou spécial 704
III. — Chances de réalisation des divers progrès et les destinées de l'humanité 706

§ 4. — *Constructions métaphysiques sur l'évolution et l'histoire.* 708
Littérature sur l'évolution, la transformation, le progrès 712

Chapitre III. — **Hasard. Conclusion** 721
§ 1. — *Notion du hasard* 722
I. — Subjectivité ou objectivité du hasard . . 722
II. — Hasard complet et hasard incomplet . . . 724
III. — Fréquence et succession devant les lois du hasard 725
IV. — Hasard de croisement 729
§ 2. — *Hasard et statistique* 730
§ 3. — *Les possibilités en histoire* 731
§ 4. — *Le hasard et l'histoire du Droit* 733
Littérature sur le hasard 735
Table des matières 743
Table des auteurs cités 750
Errata 756

TABLE DES AUTEURS CITÉS

A

Abu Mohamed el Jezirichi, 595.
Adickes, 609.
Aguanno, G. de, 80, 328.
Ahlwardt, 554.
Ahrens, 553.
Aillet, 373.
Albéricus de Rosciate, 75. 406, 427, 604.
Amadori Virgilii. 329.
Ammon, Otto, 80, 132.
Ampère, 721.
Ardigo, Roberto, 78.
Aristippe, 15.
Aristote, 7, 10, 12, 47, 320, 458, 729.
Aubry, 174.
Aubry et Rau, 372, 445, 465, 470.
Saint-Augustin, 7, 14, 28, 234, 325.
Austin, 406, 427, 489, 519 et s., 541, 547, 552, 604.
Azo, 373.

B

Bacon, 7, 10, 26, 47, 76, 343, 489.
Bagehot, 80, 237, 658.
Bain, 254.
Baldwin, 237, 658.
Bar (v.), 554.
Barbier, 736.
Barbosa, 373.
Barbeyrac, 418, 467. 721.
Barrès, Maurice, 7, 718.
Barreto de Menezes, 554.
Barth, 713.
Bartole, 458.
Bastian, 681.
Bayle, 658.
Beauchet, 404.
Beaumanoir, 367, 392, 407.
Beausire, 553.
Bekker, 489.
Bellapertica, Petrus de, 373.
Benda, 599, 677, 678.
Bentham, 365.
Benedict, Moritz. 27.
Bergson, 677, 711, 727.
Berkeley, 489, 586.
Bernard (Claude), 76, 489, 544.
Bernard, 132.
Bernouilli, 721.
Berolzheimer, 254, 330.
Berr, 26, 76.
Berthelot, 681.
Bertrand, Joseph, 658, 721.
Beudant, 553, 597.
Bethe, 714.
Bierling, 489.
Binder, 489, 526, 550, 551.
Binding, 489.
Birnbaum, 169.
Boistel, 553.
Bonnecasse, 470.
Bonucci, 237, 328.
Borel, Emile, 721, 735.
Bosanquet, 489.
Bouglé, 32, 80.
Boulainvillers, 108.
Bourdeau, 80.
Bourgeois, 174.
Bourgin, 678.
Boutroux, 47, 75, 553, 658.
Bovet, 601.
Bozi, 609, 657.
Brehm, 126.
Breysig, 681.
Brissaud, 658, 739.
Brochard, 32, 45.
Brocher de la Fléchère I, 251, 253, 330.
Brunnhofer, 339.
Brunn, 325.
Bunge, 548.
Burckhardt, 681. 714.
Buridan, 658.
Burle, 369, 554, 604.

C

Caepolla, 648, 655.
Caillemer, 554.
Calderoni, 373.
Çankara, 562.
Cantu, 29.
Carrau, 681.
Cartault, 602.
Cathrein, 553, 603.
Celsius, 644.
Chaféi, 654.
Chaisemartin, 373.
Chamberlain (Houst. Stew.), 89-111. 112, 113, 128, 130.
Chantepie de la Saussaye, 370.
Charmont, 327, 373.
Chide, 418.
Cicéron, 374, 406, 467.
Cogliolo, 80, 681.
Collins, 132.
Comte, 74, 658.
Condomine, 373.
Corso, 373.
Coras, 554.
Cosentini, 237, 681.
Cournot, 47, 63, 76, 418, 721.
Covarruvias, 595.
Croce, Benedetto, 681.
Croiset, 174.
Cujas, 458.

D

Dahn, 32.
Dallary, Gino, 329.
Damasus, 373.
Dans, 609.
Darbon,
Dareste, 609.
Darwin, 132, 133, 166, 247.
Dauriac, 553.
Decius, 373.
Décrétales, 409.
Delage, 89, 132.
Delaunay, 127, 132, 167.
Demesius, 418.
Demogue, 373.
Demolombe, 465.
Demoor, Massard, Wanderwelde, 681.
Deschamps, 89.
Dhur, Jacques, 171.
Dicran Aslanian, 681.
Dietherr, 373.
Dilthey, 32, 174.
Djuvara, 373, 490, 525 et s.
Draghicesco, 172, 213, 214, 229, 233, 235.
Dreyfus, 89.
Dubos, 108.
Duclaux, 87.
Duguit, 339, 371, 489, 545.
Dumas, 254.
Dumont, 254.
Dupont, 550.
Duprat,
Dupréel, 339, 371.
Dũringer, 609.
Durkheim, 7, 28, 30, 45, 76, 79, 87, 88, 129, 172, 174, 195, 215 et s., 230, 232, 235.

E

Ecke von Repgau, 363.
Ehrenberg, 609.
Ehrlich, 609.
Elzbacher, 373, 418.
Emge, 553, 657.
Endemann, 418.
Epictète, 243.
Epicure, 15, 243.
Espinas, 80.
Eudoxos, 15.
Ewald, 109.

F

Fabreguettes, 373, 415.
Faïlovitch, 377.
Faivre, 132.
Faraday, 544.
Fatta et Bensa, 418.
Féré, 254, 321.
Ferrière, 681, 717.
Finck, 658.
Finot, 87, 89, 125, 131.
Fitting, 393, 474.
Flach, 283, 324.
Flint, 7, 682.
Fontaines, P. de, 267, 392.
Fonsegrives, 47.
Forel, 8, 9, 127, 168, 171, 172.
Fouillée, 32, 80, 174, 254, 553, 600, 658, 681, 712.
Franck, 658.
Frazer, 609.
Freemann, 681.
Freytag, 554.
Fritz, Friedrich, 89.
Fuchs, 609, 656.
Fulci, 489.
Fustel de Coulanges, 131, 520.

G

Gaius, 385, 391.
Galton, 132.
Gautier, 89
Geley, 345
Geny, 372, 373, 465, 468, 582, 600, 602, 604, 609.
Geyser, 47.
Gide, Charles, 82, 83

Gide, Charles et Rist, 652.
Gide, Paul, 554.
Gillis, 609.
Giner de los Rios, 554.
Girard, 715.
Glose, Grande, 467.
Gobineau, Cte de, 89, 108, 109, 115. 123, 127, 130.
Goblot, 351, 413, 659.
Godefroy, 373.
Goldscheid, 32, 46,
Gomperz, 46.
Gossouin, 601.
Gourd, 489, 658.
Grabmann, 554.
Grafet, 373.
Grandjean, 681.
Grasset, 29, 80, 254, 321.
Grassi, Bertazzi, 174.
Greef (de), 132, 658.
Grégoire IX, 407.
Grégoire XI, 595.
Grimm, 373.
Grotius, 430, 595.
Guibert, Dr, 326.
Guisan, 469.
Guyau, 658.

H

Hæckel, 7, 80, 86, 712.
Haff, 489, 545.
Halleux, 681.
Hamelin, 323, 418.
Harmenopulos, 645, 654, 656.
Hartmann (v.), 7, 132, 167.
Hartmann, 82.
Hartmann, 607.
Haycraft, 132.
Hayem, 489, 545.
Heck, 609.
Hegel, 7, 711.
Hegendorfinus, 374.
Heineccius, 418, 430, 458.
Herbart, 237, 658.
Herder, 7.
Hérodote, 107, 108.
Herschell, 489.
Hertling (v.), 553.
Hervé, 90, 114, 129.
Herz, Fr., 89.
Hildebrand, 237.
Hirzel, 554.
Hobbes, 489, 519.
Hocke, 554.
Horwicz, 237.
Housé, 189.
Hovelacque, 89, 114, 129.
Hubert, 175, 219, 234, 235.
Hume, 7, 47, 76, 489.
Husserl, 490, 525, 546.
Huxley, 489, 681.

I

Ibelin, Jean (d'), 393
Ibn ell Qasem, 645, 654.
Ihering, 32, 39, 40, 45, 237, 282, 373, 377, 378, 414, 444, 448, 471, 473.
Iselin, 710.
Isidorus, 409.
Isoulet, 174.

J

Jacoby, 50, 132, 168.
James, Will, 254, 735.
Jaurès, 339, 370, 547, 602, 736.
Jellineck, 489, 553.
Jevon, 423, 544.
Job, 339.
Jodl, 254.
Josserand, 609, 656.
Justinien, 392, 453, 457, 458, 473.
Justinus, 132.

K

Kanada, 550.
Kant, 7, 27, 130, 490, 558, 649, 721, 738.
Kantorowicz, 603, 609.
Karlowa, 418.
Kaufmann, 7.
Keller, Gottfried, 731.
Kelsen, 489.
Kidd, 658, 681.
King, 658.
Kleinecke, 89.
Klemm, 89.
Kohler, 237, 251, 554, 599, 682, 718.
Kovalewsky, 681, 691, 712.
Kræmer, 89, 132, 169.
Krantzius, 108.
Kraus, F., 7.
Krause, 80.
Kuhlenbeck, 80, 89, 172, 173, 254, 328.

L

Lachelier, 47.
Lacombe, 80, 173, 339.
Lacroix, 721.
Lamarck, 132.
Lamprecht, 237.
Lang, 339.
Lange, 254.
Lajoie, 658.
Laplace, 418, 721.
La Placette, 721.
Lapouge (de), 80, 89, 132.
Lavelaye (de), 132.
Lebon, 89, 172, 681.
Le Clerc, 721.
Le Dantec, 173, 681, 721.

Lefebvre, 283, 324.
Leibniz, 26, 376, 558, 607.
Leonhard, 414, 598.
Le Play, 170.
Le Roux de Lincy, 373.
Lester, F. Wark, 172.
Letourneau, 80, 237, 252.
Leusse (v.), 89.
Levy-Brühl, 7.
Lévy, Emmanuel, 231.
Leyser, 387.
Liard, 374, 489, 543.
Liebert, 553.
Lilienfeld (de), 80.
Limentani, 658.
Lipps, 323.
Littré, 593.
Lockyer, 681.
Locré, 417.
Lombroso, Gina, 132, 172.
Lot, 175.
Loysel, 373, 388, 392.
Lyon, Ernest, 554.

M

Magri, 80.
Mahmoud, Fathy, 554.
Mailleux, 373.
Mairet, 254, 327.
Makarewitcz, 175.
Maldidier, 721.
Malebranche, 658.
Manouvrier, 127.
Marillier, 339.
Marisson, 681.
Marty, 339.
Marx, Carl, 632.
Matteuzi, 681.
Matzat, 80.
Mauss, 174, 175, 219, 234, 235.
Mendelsohn, 681.
Menger, 47.
Menzel, 713.
Merkel, 489.
Meyer, 681, 715, 718.
Meynial, 237, 283, 331, 333, 373, 466, 471, 652.
Miceli, 174.
Micescou, 373.
Michels, 716.
Mill, Stuart, 418, 489.
Milhaud, 721.
Millioud, 339, 370.
Modestin, 391.
Mohammed ibn Elfanari, 593.
Molinari (G. de), 681.
Mommsen, 208, 232.
Montesquieu, 519.
Montessus (de), 721.
Moriaud, 473.
Mosso, 254.
Müller-Leyer, 681.
Muñas Flores D. Manuel, 554

N

Nathusius (von), 132, 168.
Naville, 7, 29, 523, 658.
Neukamp, 681.
Neumann, 371.
Niebuhr, 109.
Noë, 658.
Nœldecke, 232.
Novicow, 80, 87, 89, 126
Nystron, 89.

O

Odin, 168.
Oppenheimer, 598.

P

Paley, W., 292, 326.
Papinianus, 456.
Pardessus, 648, 655.
Pareto, 47, 67, 77, 78, 88, 167, 559, 597, 716.
Parodi, 490.
Pascal, 721.
Paulhan, 254, 418, 658.
Paulus, 391, 644.
Payot, 489, 658.
Pelagyi, 490.
Pellis, 47.
Perietat, Kwoicz, 554.
Perreau, 373.
Picard, 553.
Pillius, 373.
Plate, 132.
Platon, 7, 14, 15, 163.
Plouquet, abbé, 658.
Poe, Edgar, 346, 370.
Poincaré, Henri, 335, 677, 721, 735
Poisson, 721.
Poletti, 254.
Pollock, 554.
Pomponius, 391.
Porcherot, 609.
Portalis, 431.
Post, 390, 415, 600.
Preyer, 237, 247.
Prior, 601.
Pufendorf, 721.

Q

Quatrefages (de), 89.
Quételet, 721.

R

Rabier, 418, 489.
Rabel, 653.
Radbruch, 490.
Ranke (von), 29.
Ratzel, 89.
Rauh, 254, 322.
Rebuffus, 541, 542.
Recéjac, 550.
Reclus, E., 650.
Ree, 254.
Regelsberger, 418.
Regnaud, 339, 369.
Reibmayr, 89.
Reinach, Adolf, 490, 525, 549, 553.
Reinach, Salomon, 89.
Renouvier, 490, 553.
Revel, 717.
Rey, 77, 78, 229, 370, 489, 546.
Reynaud, 609.
Ribot, 47, 76, 254, 321, 322, 330, 339, 681, 712.
Richard, 30, 32, 174, 233, 678, 681, 716.
Richet, 7, 27.
Ridgeway, 89.
Rigaud, 489.
Roberty (de), 174.
Roguin, 79, 474, 489, 522 et s., 537 et s., 548, 551.
Romanes, 237.
Romini, 553.
Rossi, 174.
Roussel, 609.
Royce, 489, 721.
Ruge, 489.
Rumelin, 254.
Ruyssen, 32, 237, 253, 553.

S

Sainte-Beuve, 369.
Saleilles, 237, 609.
Salies (A. de), 128.
Salomon, 373, 418.
Sanctipetrinatis, Marc. Ant. Lim., 320.
Sanz del Rio, 554.
Saussure (F. de), 650.
Savigny, 448, 453, 552.
Scævola, 387, 391, 428.
Schäffle, 80.
Scharlach u. Zitelmann, 418.
Scheitlin, 126.
Schmoller, 7, 27, 30, 31, 230, 237.
Schneider, 7, 237.
Schneidewinus, 464.
Schœn, 554.
Schopenhauer, 7, 10, 26, 658.
Schurz, 237.
Schweiger-Lerchenfeld, 681.
Secrétan, Charles, 553, 601.
Secrétan, Henri, 553, 597, 651.
Secrétan, Roger, 534.
Seeck, 132.
Segona, 681.
Seillière, 89, 127.
Semon, Richard, 84.
Seneca, 471, 605.
Sergi, 254.
Sighele, 174.
Simiand, 47.
Simmel, 174, 609.
Smith, 607.
Socinus, 373, 394.
Sollier, 254.
Sorel, Georges, 139, 370, 354 et s., 651, 652.
Spassoiewitch, 418, 468.
Spencer, Herbert, 7, 13, 80, 132, 174, 254, 550, 596, 603.
Spinoza, 7, 26, 553.
Spranger, 32, 681.
Stammler, 32, 45, 170, 237, 327, 373, 490, 527.
Stefanescu, 490.
Steinmetz, 609.
Stephanus Daoys Pampelonensis, 467.
Sternberg, 237, 325, 329, 489.
Stockums, 554.
Suarez, 595.

T

Tacite, 108.
Taine, 47.
Talmud, 592, 646, 649, 655.
Tanon, 174, 231.
Tarde, 78, 174, 294, 658.
Tardif, 415.
Thélin, 554.
Thomas d'Aquin (St.), 595.
Thomasius, 418, 430.
Thomson and Tait, 489, 544.
Thon, 489.
Tiraquellus, 47, 452.
Tite-Live, 67, 108.
Toullier, 445, 469, 655.
Trœltsch, 554.
Tylor, 681.

U

Ulpien, 386, 391.
Unold, 681.
Ureña y Semenjaud, 554.

V

Vacherot, 490.
Vaconius a Vacuna, 607.
Vadalà Papale, 174.

Vaihinger, 475.
Vailati, 48.
Varigny (de). 170.
Varron, 14.
Vasquez, 595.
Vautel, 719.
Vestrogothie (loi de), 404.
Vierkandt, 553, 554, 560, 658.
Villa, Guido, 637.
Villebresme (vicomte de), 132.
Viollet, 678.
Volkmar, 373.
Vries (de), 87.

W

Wahrschauer, 658.
Wapler, 7.
Weber, 7, 29.
Wehrli, 609.
Weise (von), 32.
Weissmann, 89, 132.
Wellhausen, 233.
Westermack, 254, 681.
Wilamowitz (von), 681.
Windeband, 489, 544, 658, 678.
Windscheid, 466, 472.
Winter, 373.
Wirth, 89, 681.
Wodon, 237, 252.
Woltmann, 80, 89, 171.
Worms, 44, 80, 87, 174, 281.
Wronski, 721.
Wundt, 32, 87, 174, 231, 254, 373.
Wurzel, 373.
Wustendorfer, 609.

X

Xénopol, 47, 76, 658.

Z

Zazius, 389, 463.
Zeys, 473.
Ziegler, 7.
Ziehen, 254.

ERRATA ET ADDENDA

Page 7, ligne 9, au lieu de *Un bewusten*, lire *Unbewussten*.

Page 30, ligne 23, au lieu de *embrase*, lire *embrasse*.

Page 32, ligne 4, au lieu de *Grundsagen*, lire *Grundlagen*.

Page 126, ligne 24, au lieu de *Eraichtens*, lire *Erachtens*.

Page 132, ligne 26, au lieu de *Woltzmann, lire Woltmann*.

Page 175, ligne 4, au lieu de *Geistwissenschaften*, lire *Geisteswissenschaften*.

Page 274, ligne 12, au lieu de *métaphysique*, lire *philosophie*.

Page 329, ligne 38, au lieu de *suffacanti*, lire *suffocanti*.

Page 330, ligne 2, au lieu de *dier*, lire *die er*.

Page 374, sur la théorie de la définition, voir encore Peano : *Les définitions mathématiques;* Freege, *Grundgesetze der Arithmetik*. T. I, § 27; T. II, § 55-67.

Page 415, au lieu de *Falguerettes*, lire *Fabreguettes*.

Page 418, sur fiction, voir les divers articles provoqués par l'ouvrage de Vaihinger : *Philosophie des Als Ob.*, cités par Haff, *Institutionen der Persönlichkeitslehre*, 1918, p. 320.

Page 551, ligne 13, au lieu de *head*, lire *hat*.

Page 553, sur le Droit naturel, voir encore article de Polier, professeur à l'Université de Toulouse, dans *Revue des nations latines*, 1917.

Page 617, ligne 26, au lieu de *mystique*, lire *mythique*.

Page 650, au lieu de *Fustel de Coulange*, lire *Fustel de Coulanges*.

Page 657, sur l'interprétation pratique du Droit, voir encore Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, 1915.

Page 716, sur les survivances et les archaïsmes, nous croyons devoir ajouter ce passage remarquable de Kohler : *Lebens- und Rechtsbräuche der Bulgaren*, Z. f. v. Rvv. 33.

Page 436. « Die Bräuche, welche sich um das Eheleben schlingen, sind zum Teil direkt aus juristischen Motiven hervorgegangen, als letzter Rest alter Rechtsvorstellungen, deren Wesen verschwunden ist, aber noch einen sinnigen Glanz von Erinnerungen zurückgelassen hat. Unwillkürlich ranken sich alte Vorstellungen weiter, die längst im Leben ihre Bedeutung verloren haben, so wie der Traum in anmutigem Weben das weiterspielt, was wir im Leben gefühlt und getragen haben. »

Page 437. « Dabei muss aber der sehr wichtige Grundsatz der Veränderlichkeit des Gedankeninhaltes in Betracht gezogen werden, dessen Verkennung zu grossen Irrtümern und zu unzähligen Streitigkeiten geführt hat. Es kommt nämlich häufig vor, dass ein Ritus zuerst einem bestimmten Gedankenkreise entstammt, dann aber, nachdem diese Denk-

form verlassen ist, sich dazu bequemt, eine andere Gedankenwelt in sich aufzunehmen. Daher kann es vorkommen, dass die Form bleibt, der Inhalt wechselt : man hat nicht selten eine Form als Trägerin eines anderen Inhalts, als Umhüllung eines anderen Kernes beibehalten, bis dann endlich auch der letzte Kern verschwand und nur noch die wesenlose Hülle blieb. Aber auch in dieser inhaltlosen Gestaltung entbehrt die Zeremonie nicht jeder Bedeutung : sie wird zum Symbol und umgibt die Rechtshandlung mit dem Hauche der Poesie; ist doch die Poesie vielfach nichts anderes als der aus der Geisteranschauung zurückgebliebene Blütentraum eines höheren und inhaltreicheren Lebens. Ja, selbst wenn die Zeremonie auch nicht mehr symbolisch wirkt, wenn sie nur als Erinnerung vergangener Zeiten in uns die Empfindung wachruft, dass dem Leben ein gewisser tieferer Sinn innewohnt, ist sie nicht bedeutungslos. Darum der Mahnruf : zerstört nicht die alten Symbole und Lebensformen und behaltet aus alten Zeiten etwas bei von der volkstümlichen Heiligkeit des Rechts! Jene halbgebildeten Aufklärer haben der Menscheit auch im Rechte die schlimmsten Uebel zugefügt. »

IMPRIMERIES RÉUNIES S. A. LAUSANNE.

